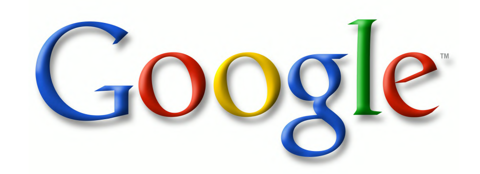
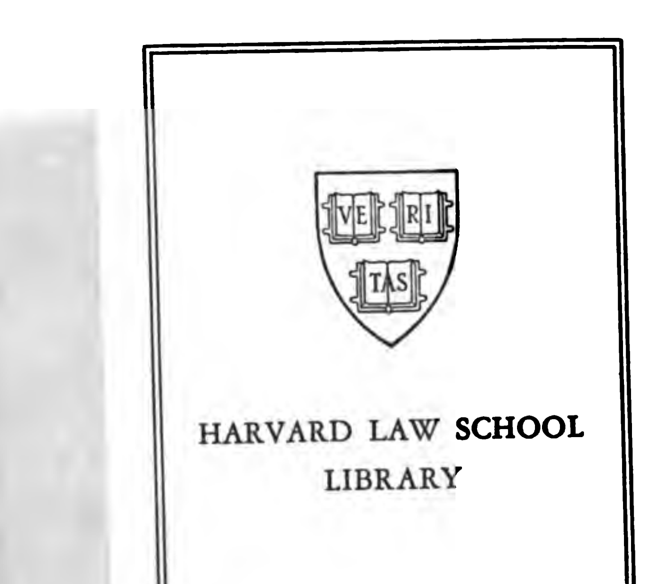



VE RI
TAS

FRANCE

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE D'ÉCONOMIE POLITIQUE
publiée sous la direction de Alfred Bonnet

THÉORIE SYSTÉMATIQUE DES DROITS ACQUIS

CONCILIATION DU DROIT POSITIF ET DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT

PAR

FERDINAND LASSALLE

Traduction française d'après la deuxième édition allemande

PAR

J. BERNARD, J. MOLITOR, G. MOUILLET, A. WEILL

Revue et accompagnée d'une préface

PAR

Charles ANDLER

TOME PREMIER

THÉORIE — APPLICATIONS

Τρέφονται γὰρ πάντες οἱ ἀνθρώπινοι νόμοι ὑπὸ ἑνὸς τοῦ θείου· κρατεῖ γὰρ τοσοῦτον, ὁκόσον ἐθέλει καὶ ἐξαρκεῖ πᾶσι καὶ περιγίνεται.

Heraclite.

Et ego in hoc omni sermone nostro, quod ad cumque legis genus me disputatio nostra deduxerit, tractabo, quoad potero, ejus ipsius generis jus civile nostrum ; sed ita, locus ut ipse notus sit, ex quo ducatur quaeque pars juris, ut non difficile sit, qui modo ingenio possit moveri, quaecumque nova causa consultatione acciderit, ejus tenere jus, cum sciat a quo sit capite repetendum.

Cicero, De legg., II, 18.

PARIS (5e)
V. GIARD & E. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 12

1904

THÉORIE SYSTÉMATIQUE

DES

DROITS ACQUIS

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE D'ÉCONOMIE POLITIQUE
publiée sous la direction de Alfred Bonnet

THÉORIE SYSTÉMATIQUE
DES
DROITS ACQUIS

CONCILIATION DU DROIT POSITIF ET DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT

PAR

FERDINAND LASSALLE

Traduction française d'après la deuxième édition allemande

PAR

J. BERNARD, J. MOLITOR, G. MOUILLET, A. WEILL

Revue et accompagnée d'une préface

PAR

Charles ANDLER

TOME PREMIER

THÉORIE — APPLICATIONS

Τρέφονται γὰρ πάντες οἱ ἀνθρώπινοι νόμοι ὑπὸ ἑνὸς τοῦ θείου· κρατεῖ γὰρ τοσοῦτον, ὁκόσον ἐθέλει καὶ ἐξαρκεῖ πᾶσι καὶ περιγίνεται.

Heraclite.

Et ego in hoc omni sermone nostro, quod ad cumque legis genus me disputatio nostra deduxerit, tractabo, quoad potero, ejus ipsius generis jus civile nostrum ; sed ita, locus ut ipse notus sit, ex quo ducatur quaeque pars juris, ut non difficile sit, qui modo ingenio possit moveri, quaecumque nova causa consultatione acciderit, ejus tenere jus, cum sciat a quo sit capite repetendum.

Cicero, De legg., II, 18.

PARIS (5e)
V. GIARD & E. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 12
1904

INTRODUCTION A L'ÉDITION FRANÇAISE

L'ouvrage présent de Lassalle est, avec le livre de Proudhon sur *la Justice dans la Révolution et dans l'Église*, le seul livre systématique où le socialisme ait déposé sa pensée juridique. Sans doute, on peut dire, avec Anton Menger (1), que tous les systèmes socialistes « aboutissent, dans leurs conclusions, à certains postulats juridiques qui impliquent une modification profonde de notre droit » ; et alors même qu'on veut élargir le sens du mot *socialisme* jusqu'à lui faire signifier tout un idéal nouveau de civilisation, encore faut-il reconnaître que la réalisation de cette civilisation nouvelle suppose qu'on détermine d'une manière neuve les relations que les hommes ont à soutenir entre eux et avec les moyens matériels de production. Or ce sont là des problèmes juridiques. Mais il est d'autant plus singulier que le socialisme n'ait presque rien fait pour poser ces problèmes avec la précision technique, où il faut voir une condition indispensable pour les bien résoudre. Lassalle est le juriste de la Révolution sociale. Sans doute, son livre, dans la forme, est marqué trop for-

(1) ANTON MENGER, *Le droit au produit intégral du travail*, trad. A. Bonnet, p. 7, Paris, 1900.

tement des habitudes d'esprit régnantes entre 1835 et 1860. Sa pensée, lumineuse et saisissante dans ses écrits polémiques, est ici abstraite et très difficilement accessible. Elle suppose une connaissance exacte de l'histoire du droit. Tel quel, ce livre, rarement lu, n'a pas été stérile. La trace en est reconnaissable en divers systèmes socialistes contemporains. Nous croyons qu'il sera plus agissant encore à l'avenir, et qu'il y faudra revenir souvent pour élaborer le code de la République sociale.

La *Théorie systématique des droits acquis* s'annonce comme une tentative pour concilier le droit positif et la philosophie du droit. C'est une conciliation qui est toujours de saison. Dans l'esprit de Lassalle, cette formule a cependant un sens précis qui tient au mouvement des idées juridiques de son temps. Il y avait en présence, depuis les premières années du XIX[e] siècle, deux écoles de droit : l'une dite *école historique*, l'autre dite *école spéculative* (1).

*
* *

I. Le chef de l'école historique, et son principal survivant entre 1830 et 1848, avait été Savigny. Il ne faudrait pas se méprendre sur le titre que cette école se donnait. Elle s'appellerait avec plus de justesse *école historiste*. Elle ne professe pas que la meilleure manière de connaître les institutions de droit, afin de les modifier avec des chances de durée dans la réforme, serait de les connaître dans leur passé historique. Mais elle a un respect dogmatique de ce qui

(1) Sur les rapports de ces deux écoles, voir nos *Origines du socialisme d'Etat en Allemagne*, 1897.

est historiquement établi. Elle n'admet pas qu'il soit possible de modifier les institutions de droit en vertu d'idées claires, élaborées par des théoriciens et sur lesquelles on tâcherait de modeler la réalité sociale. Les institutions juridiques sont l'œuvre d'un instinct collectif profond. Il y a un courant continu qui réunit les consciences individuelles, un *Volksgeist*, une pensée sociale diffuse où les individus vivent et se meuvent (1). Cette obscure pensée n'est pas atteinte par la conscience claire. Chacun cependant en a un sentiment très puissant. Nous baignons dans ce courant continu. Tout ce que nous faisons de social n'est donc pas le résultat d'une délibération concertée et consciente. Et la manière certaine de nous tromper est de procéder ainsi par la fixation de concepts abstraits. Rien n'est plus voisin de la haine vouée par de récents marxistes à l'*idéologie* que la haine pour les idées rationnelles dans Savigny. La tradition, impersonnellement, fixe les coutumes, comme elle fixe les rites religieux et le langage. Sur les coutumes une fois établies la réflexion peut ensuite s'exercer. Mais cette réflexion elle-même, quand elle grave sur des tables les formules de la loi écrite, est déjà le signe que le sentiment vivant de la tradition s'affaiblit.

Cette tradition est coërcitive. La théorie sociologique récente qui définit le fait social comme une contrainte a son origine dans la pensée des juristes romantiques. La conscience obscure des peuples leur dicte tout le système des relations des hommes entre eux, et des individus avec la collectivité. C'est-à-dire que tout d'abord ce n'est pas seulement la loi qui

(1) La psychologie dont usent les romantiques a beaucoup de ressemblance avec celle qui renaît de nos jours dans les théories de M. Bergson.

émane de ce sentiment obscur, mais la loi vivante et armée, qui est l'État. On ne fonde donc pas l'État, et on ne peut pas le détruire, par un décret concerté d'une multitude appelée à nouer ou à dénouer un *contrat social.* Mais avant tous les contrats, et les englobant tous, et protégeant leur observation, il y a la volonté générale impérissable qui nous lie, avant même que nous ayons réfléchi, parce que nous en sommes des parties vivantes et que sans elle notre réflexion même n'aurait pas d'objet. Cette volonté collective, spontanée et immortelle est l'État.

Il résulte de là deux conséquences implicites. 1° Le droit est toujours social. Il exprime toujours un rapport des personnes entre elles. 2° Le droit est toujours issu d'un fait, c'est-à-dire que le droit est toujours acquis ; et il n'y a pas de droit naturel. Il en est ainsi notamment du droit de propriété, et Savigny a écrit tout un livre pour le démontrer (1). Le droit de propriété est toujours issu d'un fait : la *possession,* le nantissement réel par lequel un individu s'empare d'une parcelle de sol sans maître. Mais ce fait ne devient un droit que le jour où la conscience sociale, la loi, sanctionne l'*occupation* complétée, l'*usucapion* prolongée, et protège le possesseur contre toute intrusion d'autrui. Et, chose curieuse, la loi protège encore le possesseur quand un individu s'est emparé d'une parcelle de l'*ager publicus*, dont l'État avait négligé l'exploitation. C'est que la simple possession peut induire à réaliser des améliorations, et par les avantages qui y sont attachés crée ainsi des intérêts contre elle, qui obligent à la protéger. Il est donc vrai que là encore le droit n'est pas un simple

(1) Ce livre, *Das Recht des Besitzes,* écrit en 1806, était redevenu actuel par sa 6e édition, 1837, qui fut très discutée.

rapport de l'homme à la chose, mais un rapport entre les hommes, et cela est vrai même de ce droit romain que trop souvent on croit être un droit préoccupé seulement des choses. Mais si tout droit est social et si tout droit est acquis, tout droit aussi est caduc ; et il doit se perdre pour les raisons sociales qui l'ont créé.

Il est donc très remarquable que ce soit le traditionalisme qui ait élaboré la première théorie de l'abolition des droits acquis. Mais cela est naturel, si la tradition est considérée comme une vie continue, et non comme une immobilité.

Savigny est le premier qui ait découvert que le principe de non-rétroactivité des lois, inscrit par la Révolution française parmi les droits de l'homme, n'a pas de sens pour certaines lois. Il y a des lois qui sont introduites pour rétroagir immédiatement. Quand une loi abolit l'esclavage, elle n'entend pas dire seulement que désormais il est interdit d'acheter des esclaves ; mais que tous les hommes réduits en condition d'esclavage sont abolis.

Que veut donc dire la règle de non-rétroactivité des lois, emphatiquement proclamée par les révolutionnaires français en tête de leurs codes et de leurs constitutions ? Elle ne peut pas signifier que le sentiment public n'ait pas le droit de mettre fin, quand il le juge équitable, à tout un régime juridique antérieur. Mais s'il arrive que, le droit étant maintenu, il faut, pour des raisons d'opportunité ou d'équité, modifier la manière dont ce droit s'unit à une personne (par exemple, les formalités nécessaires pour l'acquérir), il ne se peut pas que les individus soient dépossédés de leurs droits acquis par une loi nouvelle qui, laissant subsister la teneur de l'ancien droit, ne modifie

que les formes dans lesquelles il peut s'acquérir. Une propriété n'est pas contestable sous prétexte qu'on ne peut plus se la procurer dans les formes qui en ont rendu possible l'acquisition dans le passé, au moins tant qu'il est possible de conserver un tel genre de propriété. Mais il se peut que la loi supprime tout un genre de droits ; et avec eux tombent nécessairement les droits particuliers qui s'autorisaient de la règle générale. Les propriétaires féodaux n'ont pas à se plaindre individuellement, si la loi vient à abolir toute propriété féodale, toute redevance, toute corvée. Avant le socialisme moderne, Savigny a exprimé cette pensée qu'une classe sociale n'a jamais à se plaindre, si on l'exproprie tout entière (1).

Il n'en est pas moins vrai qu'une telle expropriation lèse dans leur situation acquise les ayants-droit qui bénéficiaient de la situation ancienne ; et la justice vraie ne lèse personne. Il ne faut pas qu'il manque le consentement de toute une classe sociale à ce qui est le mouvement nécessaire de la collectivité et son effort pour se faire des conditions de vie plus équitables. Savigny résout ce conflit, qu'on peut prévoir, entre la classe expropriée et la collectivité qui a recours aux mesures d'éxpropriation, en découvrant que la résistance des individus lésés ne saurait se prolonger en tout cas au-delà de leur existence. Il n'y a pas de droit acquis pour les fils, du fait seul que ce droit était acquis pour les pères. Mais on ne lèse pas vraiment le droit de la génération atteinte par la réforme juridique si on accorde aux ayant-droit de cette génération un avantage viager équivalent à la situation de droit dont la loi nouvelle les dépos-

(1) Savigny, *System des römischen Rechts*, t. VIII, 1849, p. 388.

sède. L'*indemnité viagère* est la forme juridique de la révolution sociale. Le point litigieux sera seulement de savoir dans quels cas une indemnité est due, et s'il n'y a pas des situations de droit absolument iniques, dont l'extinction est requise sans indemnité.

En regard de cette théorie traditionaliste du droit s'élève une théorie rationaliste. A vrai dire, elle remontait à Wolf et aux Kantiens. Mais dans la littérature juridique, qui avait suivi 1830, elle n'était plus représentée que par les hégéliens de la gauche, dont Edouard Gans était le principal. Il avait écrit contre Savigny un magnifique pamphlet, *Ueber die Grundlage des Besitzes* (1839), et la méthode rationaliste employée par lui dans son monumental *Traité de l'héritage* (1824-35) y était justifiée en termes que Lassalle n'a pas oubliés.

Pour Gans il n'y a pas de *tradition*, si par ce mot on entend une âme substantiellement vivante et identique en des générations qui se suivent. Le passé, comme tel, est mort: et ce qui en subsiste, c'est la conscience présente qui en est pour une grande part issue. Ce qui fait la force de la tradition, c'est donc l'adhésion de notre conscience actuelle. La tradition est incessamment recréée par nous. Mais il est clair que la conscience d'un peuple est toujours fondée à ne garder des idées du passé que ce qui lui facilite son existence présente. La conscience juridique se crée à nouveau à chaque instant: et elle naît avec plus de clarté d'une entente délibérée, générale et actuelle des intéressés que d'une acceptation pure et simple des coutumes oblitérées que nous lèguent les générations qui n'ont pas connu nos besoins.

Ce qui fait le droit dans cette théorie, c'est la vo-

lonté réfléchie. L'homme se crée son droit en toutes choses par un acte de vouloir. Posséder, même sans titre, est un droit, tant qu'il ne s'oppose pas un vouloir plus respectable au vouloir de l'individu qui possède. Mais ce qui est plus respectable que le vouloir d'un individu, c'est la volonté d'une communauté de vouloirs, quand elle ne serait que de deux volontés liées par contrat. A son tour, le contrat sera caduc devant les droits supérieurs de la famille ; les droits de la famille disparaissent devant ceux de l'État. Car ces personnalités collectives sont placées plus haut dans la hiérarchie juridique et morale que la personnalité de l'individu. Les conséquences de cette doctrine, non déduites par Gans, sont les suivantes. Toutes les règles de droit peuvent être détruites, si le vouloir général en décide ainsi. Il n'y a pas de droit absolument acquis. La compétence législative du peuple ne se perd jamais. C'est elle qui est le droit.

Que veut dire alors la règle inscrite au seuil de nos codes et qui veut que la loi ne rétroagisse pas ? Elle veut dire qu'une loi nouvelle ne peut changer la nature des actes individuels passés. Ces actes ne tombent que sous le coup de la loi qui leur était contemporaine : et cette loi seule les juge. Si une loi modifie les formalités selon lesquelles la propriété s'acquiert ou se transmet, tout en continuant à admettre l'héritage et la propriété privée, elle ne changera rien aux droits acquis des possédants. Car une telle loi est faite pour régulariser le régime de la propriété, et non pour le troubler. Une loi qui exproprie des individus pour utilité publique, si elle laisse subsister d'autres propriétés du genre de celle qu'elle retire à de certains individus, ne le fera point sans les indemniser ; Savigny l'avait bien vu. Mais il faut aller

au-delà de la thèse de Savigny: une loi qui déclare inadmissible désormais toute propriété privée du capital ou de la terre n'aura point de dédommagement à offrir. Car elle n'édictera cette mesure qu'au moment où il y a danger public à tolérer ces formes de propriété, et où il y aurait injustice à les laisser subsister. Or, on n'indemnise pas ceux que l'on fait rentrer dans la justice. Cette conséquence sera tirée par Lassalle.

*
* *

II. Lassalle essaie de concilier les deux doctrines en présence. En cela, il ne fait pas une tentative très différente de celle que firent, en matière de philosophie religieuse, David Strauss et Ludwig Feuerbach. Il faut noter cette analogie. Car de Feuerbach est sorti Marx. Il importe beaucoup, pour la destinée ultérieure de la doctrine juridique lassallienne, et pour l'action qu'on peut encore s'en promettre, de savoir jusqu'à quel point les origines en sont comparables à celles du marxisme.

Tous les hégéliens, même ceux de la gauche, et sans exclure Strauss et Feuerbach, admettaient que le sentiment religieux, glorifié par l'École romantique, avait sa légitimité. La religion dit, sous une forme sentimentale et imagée, les vérités mêmes que définit rationnellement la philosophie. Il n'y a donc pas lieu de combattre la religion, mais de tirer au clair et de formuler en termes rationnels ce qui en est le contenu éternellement humain. Le romantisme a eu le très grand mérite de savoir se figurer la vie mentale des peuples primitifs. De la profondeur du sentiment collectif naissent, dit Strauss, non des concepts clairs, mais des *mythes sociaux*, qui traduisent

les besoins urgents du peuple. Aucun homme ne les invente. Et cependant ils naissent avec nécessité (1). Il n'importe pas que les récits des Évangiles canoniques portent les marques de la plus flagrante invraisemblance historique. On distingue nettement que le Christ fut pour les Juifs de la Palestine le symbole de leur délivrance sociale et politique. Contre l'oppresseur romain, contre l'Empereur de la force, ils appelèrent le divin Empereur des faibles. Ils crurent qu'il paraîtrait sur un nuage d'or, et qu'alors par une interversion prodigieuse des rangs sociaux, les derniers seraient les premiers, et que les plus humbles seraient assis à la droite de Dieu. Aussi Frédéric Engels a-t-il remarqué que les ouvriers anglais, vers 1847, lisaient beaucoup la *Vie de Jésus* de Strauss. C'est qu'ils se croyaient, eux aussi, conviés à réaliser, sur la terre, un royaume des humbles où seraient renversés les rangs de la hiérarchie sociale ancienne.

Mais ce qui est le rêve des humbles aux périodes de crise, doit être, disent les hégéliens, la préoccupation de tous les esprits. L'incarnation de Dieu, ce n'est pas celle qui, par une hallucination collective, apparaît aux foules. Le Messie vrai est l'Homme, né d'une mère visible, la nature, et d'un père invisible, l'esprit. Voilà le thaumaturge divin, car il courbe sous sa volonté les lois naturelles par son industrie. C'est lui qui souffre, et qui meurt, dans les individus, dans les groupements sociaux, que détruit et use la marche puissante de l'histoire. Mais c'est lui aussi qui ressuscite, puisque par l'effort de tous s'organise par degrés une vie de toute l'humanité conforme aux exigences d'une raison qui s'y réalise.

(1) STRAUSS, *Leben Jesu*, 1er édit , t. I, § 14.

Feuerbach faisait un progrès sur cette doctrine. Il pensait, lui aussi, que les romantiques avaient raison de faire appel au sentiment, quand il s'agit de décrire non pas ce qui fait l'objet de la conscience claire des hommes et ce qui est leur vie individuelle, mais ce qui obscurément les relie tous.

Ils sentent obscurément une dépendance où ils se trouvent les uns à l'égard des autres, et qui les oblige à s'organiser selon un régime social qui satisfera à leurs besoins. Mais la constitution de cette société, ils l'imaginent sous la forme d'un mythe ; et, réciproquement, le mythe n'est que le reflet, dans la conscience, du régime social que les hommes réalisent nécessairement dans un état de civilisation donnée. Les premiers dieux naturels entretiennent avec les hommes des relations de communauté patriarcale. Mais le Jupiter Capitolin des Romains, que l'on appelait *Imperator*, *Triumphator*, qu'est-ce autre chose que la force romaine personnifiée, et, présent déjà, dans la conscience du peuple romain, avant d'être sur le trône, l'Empereur qui sauvera la société romaine? Les dieux sont donc une description imagée de l'humanité qui les adore. Dieu, c'est l'essence de l'homme, projeté en dehors de lui par un mirage idéologique. Mais l'essence de l'humanité est sociale. Déjà le Dieu catholique, qui était Trinité, exprimait cette idée. Car il n'était point seul. Mais il restait beaucoup d'absolutisme féodal dans ce Dieu despote, qui crée de rien les êtres, comme la monarchie absolue de l'Ancien Régime s'imaginait qu'on crée de rien les institutions, miraculeusement, par des décrets tout-puissants. Le rôle de la pensée est de comprendre ces symboles religieux comme une manifestation du besoin social et politique.

Quelle est la nature de ce besoin ? Feuerbach ne l'avait pas dit. Il fallait que Marx survînt pour approfondir la pensée feuerbachienne, et pour dire que ce besoin est économique. Feuerbach avait pensé seulement qu'une étude plus approfondie de la nature nous découvrirait qu'elle n'est pas faite à l'image d'une société patriarcale et monarchique ; qu'elle se compose d'une infinité d'actions et de réactions ; qu'elle est une démocratie vivante de forces.

De même la religion à venir consisterait en une civilisation qui utiliserait harmonieusement toutes ces forces ; et le régime social futur serait modelé sur cette vivante république naturelle.

Cette théorie des mythes sociaux est reprise aujourd'hui par quelques théoriciens, qui cherchent une conciliation entre Marx et le romantisme, sans se douter peut-être que le marxisme lui-même a absorbé en lui une quantité notable d'historisme romantique. Toutefois, Marx n'avait considéré cette sentimentalité glorifiée par l'historisme que comme un fait dont il faut rendre compte ; et il croyait l'expliquer par une illusion qui naît du besoin économique. Il ne pensait pas que l'on atteignît par le sentiment un courant continu de réalité psychologique, un *Volksgeist* métaphysique, où baignent comme des îlots les esprits individuels.

C'est cependant ce que pensent des théoriciens socialistes contemporains, qui se croient encore marxistes. « Dès que nous commençons, dit M. Georges Sorel, à considérer la patrie, la tradition, et ainsi à dépasser les limites de notre activité juridique pour entrer dans les considérations relatives à la politique, alors nous rencontrons quelque chose de religieux et de divin. » Pour exprimer ces réalités

nous employons une langue qui n'a pas été faite pour elles, et par suite nous ne pouvons les décrire que par des mythes (1) M. Sorel croit que « les mythes sont nécessaires pour exposer, d'une *manière exacte*, les conclusions d'une philosophie sociale qui ne veut pas se tromper elle-même », et, selon lui, « Marx n'avait présenté la conception catastrophique que comme un mythe, illustrant d'une manière très claire la lutte de classe et la révolution sociale (2) ». Il est probable que M. Sorel se trompe tout à fait sur la pensée de Marx. A l'époque où est né le socialisme qui s'est dit *scientifique*, on ne croyait pas « être voisin de la science » en exposant sa doctrine sous la forme d'un mythe ; et l'on ne sauvera pas le catastrophisme de Marx, opinion sincère de son fanatisme sardonique, par cette interprétation désespérée.

Mais ce qui n'est peut-être pas une bonne méthode, ni en tout cas une méthode marxiste, quand il s'agit d'interpréter scientifiquement la réalité sociale actuelle, est une méthode qui aide à comprendre l'état mental imaginatif et émotionnel des peuples primitifs. Or, les institutions juridiques, elles aussi, sont encombrées d'un symbolisme religieux dont il faut bien comprendre le sens social. C'est ce que pensait Lassalle, et en ce sens, son livre peut se comparer aux systèmes de Strauss et de Feuerbach.

La prétention de Lassalle est de ne pas employer de méthode abstraite (3). Il s'agit de saisir l'*idée concrète* qui vit dans les institutions. Cette doctrine

(1) G. Sorel, *La Ruine du monde antique*, p. 213, 214.
(2) G. Sorel, *Introduction à l'économie politique*, p. 377.
(3) V. *infra*, t. II, Introduction.

droit consiste à différencier les individus, dans la collectivité unie par un même et obscur sentiment juridique, et à leur faire concevoir rationnellement les relations qu'ils soutiennent entre eux et avec le tout, deux conséquences se déduisent : 1° Un droit ne s'acquiert que par une *action individuelle*. Il n'y a de droit qu'à dater du moment où l'individu, par une manifestation éclairée de son vouloir, a établi une relation entre lui-même et ce qui fait l'objet de son droit. 2° Mais cet acte individuel doit être conforme au vouloir traditionnel ou légal de la collectivité. Un acte n'est valable juridiquement que s'il est conforme à la coutume juridique ou à la loi. Si nous savons ainsi comment s'acquièrent les droits, nous savons implicitement, et du même coup, comment ils se perdent. Mais une modification du régime des droits acquis est ce qu'on appelle une *révolution sociale*.

Cette philosophie indique implicitement le sens des transformations juridiques qui ont amené par degrés la nécessité d'un renouvellement dernier et imminent et la forme même dans laquelle cette révolution sociale prochaine aura lieu. Ce que réalise l'histoire du droit, c'est la liberté dans la solidarité.

L'État juridique primitif est en effet la solidarité, comme l'état mental primitif était cette communion entière des âmes dans le *Volksgeist* si exactement décrit par les romantiques. Aussi l'antiquité n'admettait-elle point de changements juridiques, de même qu'elle interdisait les « dieux nouveaux ». Socrate a dû mourir nécessairement, quand il enseigna les principes d'une morale sociale nouvelle . Il fallut des motifs bien puissants pour que parussent

chez les Grecs les droits de la *personnalité*. Puis les Romains développèrent ce droit personnel. Mais ils ne songèrent pas assez à la solidarité sociale. Leur droit privé détache juridiquement l'individu de l'État. Il appartient à la révolution sociale prochaine de rétablir la solidarité tout en garantissant les droits individuels.

Lassalle n'a esquissé que sur un exemple ce que serait cette évolution. Il a choisi pour cela le droit d'héritage. Cette question était scientifiquement plus avancée qu'une autre et pratiquement, depuis les Saint-Simoniens, il apparaissait que l'abolition de l'héritage formait une part essentielle des réformes de droit futures.

Il est bien naturel, après ce qu'on a dit de la méthode lassallienne, qui prétend faire sa part aux mythes sociaux dans la mentalité des peuples primitifs, que l'héritage romain dérive pour Lassalle de la mythologie romaine. L'aspect historique du droit est préfiguré dans les symboles religieux préhistoriques. Car l'esprit est unité ; et le même instinct obscur qui enfante les règles de droit enfante aussi les croyances, bien que les croyances soient plus anciennes.

Peut-être Lassalle a-t-il commis, dans le détail, plus d'une erreur dans la déduction qu'il tente. Une méthode plus rigoureuse que la sienne ne lui contestera pas cependant la légitimité de ses rapprochements.

On n'a probablement pas le droit de renverser, en sens contraire, sans plus, la thèse de Lassalle en disant que, loin d'être un résidu des croyances religieuses des Romains, le testament romain est au contraire la réalité sociale dont leur croyance en l'im-

mortalité n'est que le « vêtement idéologique » (1). La science sociologique n'est pas assez avancée, et ce qu'elle a acquis de résultats solides fait voir un système de relations trop complexe entre les faits sociaux et les croyances sociales, pour qu'une aussi simple conclusion soit aujourd'hui autorisée. Mais il faut en tous cas remarquer, et Edouard Bernstein avec raison l'a fait, que Lassalle n'avait encore aucune connaissance de la *gens* romaine. Il n'est pas absolument nécessaire de croire que tout se soit passé chez les Romains comme chez les Iroquois, pour se rendre compte qu'il y a beaucoup de vrai dans le schème qu'a présenté Frédéric Engels. Il faudra donc étudier, de plus près que par le passé, le rapport entre la constitution du clan ancien, les *sacra gentilitia*, et les résidus qui subsistent, dans le droit privé ultérieur, d'un droit gentilicien des premiers temps.

On sait qu'à une époque très ancienne, à Rome, le citoyen n'était propriétaire que d'un *heredium* de deux arpents de terre (2). Les données des agronomes nous apprennent qu'à l'époque classique l'arpent produisait cinquante boisseaux. Évidemment, cette attribution de deux arpents au chef de famille suppose un système d'agriculture moins avancé que celui qui fut plus tard généralement usité, et qui suppose une rotation triennale, une parcelle sur trois restant en friche chaque année. Il faut admettre primitivement que l'un des deux arpents de l'*heredium* restait en friche tous les ans ; et la rota-

(1) Ed. Bernstein, *F. Lassalles Reden und Schriften*, t. I, Einleitung, p. 77.

(2) Sur la *gens*, Voir Th. Mommsen, *Abriss des römischen Staatsrechts*, p. 3-10.

tion était biennale. Or, avec une récolte annuelle de 50 boisseaux, quand la nourriture annuelle d'un esclave seulement est, selon Caton, de 51 boisseaux par an, on ne peut pas nourrir une famille (1). Il est donc sûr que la famille vivait pour la plus grande partie sur la propriété gentilicienne.

Mais il n'en demeure pas moins vrai que l'héritage a précisément pour objet cet *heredium* limité qui est excepté de la propriété gentilicienne ; et s'il y a des *sacra* qui sont liés à la transmission de l'héritage, ce sont nécessairement les *sacra privata.* Pour Lassalle toutefois il y a dans la religion romaine primitive une dualité qu'il faut bien comprendre. Il y a les dieux Mânes, d'essence romaine, et les dieux Lares, d'essence étrusque. Le fond de la religion romaine des ancêtres est l'idée de la permanence de la volonté personnelle. On se la figurait continuée et vivante dans le Dieu Mâne (*Manis* de *manere*). Les Étrusques aussi croyaient en une volonté survivante des morts. Mais, pour eux, elle n'était pas une divinité de la famille. Elle était attachée à la maison et à la terre. Elle en était maîtresse comme le vivant en avait été le maître. Elle en était la divinité *Lare*.

Dans l'hérédité romaine ultérieure, il faut discerner le principe romain primitif et le principe étrusque. La religion romaine exige seulement la continuation de la volonté du mort. Cette volonté n'est efficace que si elle est incorporée dans la volonté d'un vivant. Aussi le citoyen romain prend-il soin, avant sa mort, de désigner le continuateur de sa volonté, et de codifier cette volonté par testament.

(1) Cf. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 3e éd., 1901, p. 258.

Le testament est l'immortalité romaine. Mais l'héritage romain, n'étant que la continuation de la volonté seulement, n'a rien de commun avec la transmission du patrimoine. En tant que la volonté du défunt était aussi une volonté attachée à sa terre, et maîtresse de son patrimoine, il arrive, sans doute et par voie de conséquence, que l'héritier de la volonté est aussi l'héritier du patrimoine, comme le dieu Mâne finit par se confondre avec le dieu Lare. Mais ce n'est pas le cas toujours. Et plusieurs détails de droit romain, inintelligibles sans cela, deviennent explicables par cette dualité.

On s'explique ainsi qu'il y ait distinction entre le legs et le testament, entre le légataire et l'héritier testamentaire. Il se peut que l'héritier testamentaire ne bénéficie d'aucune parcelle du patrimoine (1). Car il doit continuer la volonté du mort, ce qui est tout autre chose que de recueillir sa fortune. Mais tout legs doit être contenu dans un testament, et y être placé après l'institution d'héritier. Car il n'existe point sans un exécuteur de la volonté du défunt, quand même cet exécuteur ne bénéficierait en rien lui-même du patrimoine à répartir. L'héritier est une volonté qui continue une autre volonté. Il ne serait pas cette volonté pure, s'il était incliné à accepter l'héritage par l'espérance d'un gain. L'héritier vrai, selon la croyance romaine, est l'héritier dépourvu d'héritage matériel. Sans doute, beaucoup d'héritiers refusèrent l'héritage qui leur était dévolu dans ces conditions, et qui entraînait des charges sans équivalent. Il fallut alors avoir recours à l'héritage *ab intestat*.

L'héritier testamentaire continue la volonté du

(1) V. *infra*, t. II, 1re partie, chap. VI.

testateur par un acte de sa volonté propre (l'adition), qu'il peut refuser. Mais il y a des héritiers qui ne peuvent refuser l'adition, et dont la volonté est d'emblée considérée comme substantiellement identique à celle du défunt : ce sont les héritiers placés sous la puissance du *de cujus* : ses fils, ou, à leur défaut, ses petits-fils ; l'épouse *in manu*, les agnats les plus proches ; et, ce que Lassalle ne savait pas, les membres de la *gens* du *de cujus* (1). Ils ne sont pas les héritiers de la volonté d'autrui, puisque cette volonté préexiste en eux. Ils sont donc héritiers d'eux-mêmes (*sui*).

Mais s'ils ne peuvent se soustraire à un héritage, qui leur est peut-être onéreux sans compensation, il apparaît de plus en plus qu'il y aurait conflit, dans le droit successoral, entre le principe romain et le principe étrusque. La plus évidente de ces charges attachées à l'héritage était celle des *sacra*, des fondations faites en l'honneur des dieux ; et la prêtrise y était grandement intéressée. Car initialement les *sacra* ne sont pas liés à la transmission des patrimoines. L'héritier seul les doit. Les redevances payées aux temples étaient menacées, si la coutume prédominait de séparer, dans le testament, les legs de l'héritage. Les prêtres coururent au plus pressé. Ils obtinrent une réforme pontificale, dont les auteurs sont Scévola et Coruncanius, et qui stipula que parmi les légataires celui qui bénéficierait d'une part égale à celle de tous les héritiers ensemble serait astreint aux *sacra*.

Autant que la prêtrise toutefois, les héritiers et les légataires eux-mêmes étaient intéressés dans ce conflit. L'histoire du droit successoral romain s'éclaire

(1) On peut penser qu'anciennement l'héritage allait à la *gens* collectivement, et non aux *gentiles* les plus rapprochés.

par là. Les répudiations trop fréquentes d'héritage font naître successivement les lois *Furia*, *Voconia*, *Falcidia*, destinées à apporter un correctif réaliste à l'hérédité romaine trop idéologique. L'héritier lutte contre le testateur. Il réclame le patrimoine; faute de quoi il refusera le testament vide de biens réels. L'héritage *ab intestat* est un pis-aller qui ne satisfait pas l'esprit romain. La législation romaine ultérieure résulte d'un compromis entre la croyance romaine ancienne et les nécessités économiques permanentes (mieux discernées par les Étrusques). La loi *Furia* (vers 550) défendra de léguer plus de 1 000 as au même légataire. Elle ne suffisait pas. Car le testateur restait libre de diviser sa fortune en autant de legs de 1 000 as qu'il en fallait pour l'épuiser ; et l'héritier demeurait dépouillé comme devant. La loi *Voconia* (vers 585) défend de léguer plus que ne prend l'héritier institué ; et l'héritier est certain au moins d'une parcelle égale à celle de tous les légataires. Il n'en est guère plus heureux, si le morcellement des parts est infini. La loi *Falcidia* est donc nécessaire, qui assure à l'héritier, à l'encontre des légataires, un quart de l'actif net, en défendant de dissiper en legs plus des trois quarts. Mais alors l'esprit romain primitif a complètement cédé devant une nécessité économique ; et l'on a le droit de Justinien, que nous regardons à tort comme le droit romain véritable.

On voit ainsi ce qui est le ressort intérieur d'une évolution juridique. C'est le besoin économique. Au regard de ce besoin, il n'y a plus d'identité métaphysique des vouloirs, plus de solidarité instinctive et familiale. Contre le défunt se dresse l'individu, avec ses intérêts; et il exige sa part de la souveraineté sur les choses matérielles. Cela devait arriver. Le

droit pour se réaliser a besoin des individus ; et la volonté même d'un mort a besoin d'un vivant pour se continuer. Tout droit, même s'il est transmis *ab intestat*, est donc, par une fiction tout au moins, l'acte individuel de la volonté survivante, qui accepte les charges auxquelles la contraignent l'état social, le régime familial et la croyance. Tôt ou tard, elle modifiera la croyance et le régime familial selon ses intérêts.

C'est ce que confirme l'histoire toute différente de l'héritage germanique. Les Romains ne connaissent d'abord que le testament, et y suppléent à contre-cœur par la succession *ab intestat*. Les Germains ne connaissent que la succession *ab intestat*, et, mis en présence du testament romain, l'empruntent, mais sans le comprendre. C'est que chez les Germains la personnalité juridique véritable est la *famille*, et non l'individu. Le chef de famille ne peut donc pas tester, non plus qu'il ne peut disposer par donation ou par vente de ses biens autres que meubles ou conquêts. L'héritier est toujours désigné d'avance. Le mort saisit le vif. Mais si, à part les biens-fonds et les droits qui y sont attachés, il y avait quelque produit du travail individuel, quelques biens mobiliers dont n'eût pas disposé le droit de famille, il était commode de pouvoir en faire une attribution à sa guise. Comment était-ce possible ? Chez les Germains, la volonté du mort ne survit point. Ils ne concevaient donc pas qu'un mort pût encore agir et donner. Le testament romain, qui dans ses formes tardives, dut en tous cas, leur apparaître toujours comme une assignation sur un objet matériel, leur fut inintelligible. Ils l'interprétèrent comme une donation entre vifs anticipée.

Il est évident que ce malentendu, qui fut séculaire, dut se résoudre par un retour à la logique. En droit germanique il n'y a pas de testament. Un jour devait venir où le droit de tester, considéré comme naturel par une vieille survivance d'idées romaines, fut aboli en ligne directe, et, par une stipulation inverse de la loi Falcidienne, on ne laissa au testateur que le droit de priver ses héritiers directs d'une certaine quotité disponible.

Est-ce là un retour au droit germanique? Il arrive à Lassalle de le dire. Il lui arrive aussi de discerner la vérité. Le droit moderne essaie de concilier le droit de tester romain et le droit germanique de la famille dans un droit plus haut, qui est social. Le droit moderne n'est plus l'ancien droit de famille germanique, puisqu'il laisse aux individus la faculté de gérer leurs biens de leur vivant et de les aliéner, sans protestation possible des héritiers. Il n'est plus le droit romain, puisqu'il réduit infiniment la liberté testamentaire. Le droit de succession familial autant que le droit individuel de tester sont, au regard du droit moderne, des institutions d'État. Et par là est préparé l'avènement d'un régime où c'est la société elle-même qui pourvoira à l'assignation qui doit être faite des biens successoraux. Ce sera la socialisation de l'héritage.

Il apparaît ainsi, sur un cas particulier, comment s'acquièrent les droits; et déjà on prévoit aussi comment ils se perdent. Tout droit est acquis par un acte du vouloir individuel. Il en est ainsi même des cas, où notre naissance ou la mort d'autrui nous confère des droits. Les Romains avaient si profondément compris l'idée du droit que l'héritage, chez eux, affectait le caractère d'un contrat entre le *de cujus* et

l'héritier, qui en des cas déterminés se faisait selon les formes de la vente, en présence d'un porte-balance (*libripens*) et de plusieurs témoins. L'héritage *ab intestat* suppose une continuité du vouloir dans la famille, et par conséquent une adhésion à ce vouloir de la part de tous ceux qui sont désignés pour l'ordre de successsion. Sans une croyance en ce vouloir continu, la succession à l'héritage ne saurait être un droit. C'est ainsi encore qu'un contrat entaché d'erreur sur la personne ou sur la substance, un contrat dolosif ou enfin un contrat extorqué par violence ne créent pas de droits, parce que le vouloir d'une des parties contractées y a été dénaturé.

Mais en même temps, il est vrai, comme le disait déjà Savigny, que le droit est toujours social. La société dont le vouloir est contraignant, c'est-à-dire immanent à notre propre vouloir, selon le mythe romantique, sera la famille, dans le régime féodal. Ce fut sans doute plus anciennement une collectivité plus vaste déchue peu à peu et tombée en ruines, la *gens*. Mais ç'a été déjà à Rome, c'est implicitement dans le droit moderne issu de la Révolution, et ce sera davantage dans la République sociale à venir, le vouloir de la nation. C'est ainsi que le testament se faisait normalement à Rome devant les comices réunis par curies, présidés par le grand pontife (*testamentum calatis comitiis*) pour indiquer que dans l'acte de tester étaient présentes toute la volonté et toute la croyance du peuple romain.

Un individu ne peut donc acquérir des droits que par un vouloir individuel conforme à la volonté collective. Il n'y a pas sans doute de droits individuels issus directement de la loi : il faut que l'individu manifeste une volonté qui les fasse siens. Mais

une manifestation de la volonté individuelle contraire à la volonté collective est intolérable; et la volonté collective, c'est, pratiquement, la loi en vigueur.

Le problème est de savoir ce qui advient quand la loi change, et quelle est la limite au delà de laquelle la loi ne peut pas être rétroactive. Mais nous avons déjà vu que la solution de Lassalle doit être nécessairement celle où eût été conduit Gans, s'il avait parachevé son système de droit; et cette solution admet une application plus précise de la doctrine de Savigny au sujet des indemnités.

Toute loi nouvelle dans les actes individuels passés, qui étaient de nature à fonder un droit, envisagera deux choses: 1° L'acte dans sa matérialité, et par conséquent la *teneur* du droit qu'il fonde. 2° L'acte dans sa forme, c'est-à-dire la nature du titre qui fonde un droit. C'est ainsi que je suis, par exemple, *propriétaire* d'un fonds de terre ou d'un instrument. C'est là la teneur de mon droit. Mais cette teneur est acquise soit par héritage, soit par achat, etc. C'est là mon titre. Une législation nouvelle peut prohiber la teneur de l'ancien droit. En ce cas elle sera toujours rétroactive, et personne n'aura à s'en plaindre. Une loi qui émancipe les esclaves rétroagira immédiatement, et ce sera justice. Une loi qui modifie les formes juridiques seulement, et les titres en vertu desquels certaines revendications de droit pourront être faites, ne rétroagira point. S'il est permis de posséder des terres et des capitaux, on n'expropriera point ceux qui détiennent ces propriétés, même si la loi interdit certaines formes de contrat qui permettaient de les acquérir. Une loi contre l'usure ne touchera point aux fruits de l'usure ancienne.

Mais si une loi modifie toute la teneur de l'ancien droit, parce que telle est la nouvelle conscience juridique, ou, en d'autres termes, le besoin social urgent, la collectivité ne devra pas d'indemnité, même viagère, à ceux qu'elle exproprie. Elle n'en devra qu'aux titulaires d'une propriété évincés par la loi nouvelle quand elle laisse subsister, d'autre part, des propriétés toutes semblables acquises en vertu d'autres titres. Une expropriation faite pour raisons d'utilité publique sera toujours accompagnée d'une indemnisation, si l'État retire à de certains individus, en telle occurrence, des droits qu'il respecte chez tous les autres.

Mais on peut déterminer d'avance l'évolution juridique, et définir ceux des droits que la conscience collective tend à éliminer, dans leur teneur et sous quelque forme que ce soit. Ce sont les droits qui créent des situations privilégiées. Car tout privilège est oppressif ; et l'évolution nécessaire du droit consiste à créer la liberté égale de tous par leur volonté collective, et par une décision qui est leur œuvre réfléchie autant qu'elle est la nécessité imposée par des besoins profonds.

*
* *

La doctrine, dont nous venons de reconstruire le principe intérieur, pose de graves problèmes théoriques. On s'est demandé si ce n'est pas là une doctrine très opposée à celle de Marx ; et il est sûr que le vocabulaire n'en est pas marxiste. Lassalle a une méthode idéologique qui postule l'existence d'une « âme populaire », et il conçoit les transformations du droit comme le développement d'une même idée,

pensée par cette âme. Il n'est pas probable que la sociologie future conserve grand'chose de cette imagerie, malgré l'effort de quelques marxistes hétérodoxes, tels que M. Sorel, pour lui donner une consistance nouvelle.

Mais il faut reconnaître qu'en l'absence d'une sociologie scientifiquement constituée, Lassalle n'avait guère le choix. Il a emprunté le vocabulaire de Hegel. On sait que Marx n'en est pas exempt.

La poussée économique qui est le ressort probable de l'idéologie juridique a souvent été constatée par Lassalle. La réalité sociale a donc été bien vue par lui. Cela importe plus que son mauvais vocabulaire. On peut s'en convaincre en réfléchissant aux trois faits suivants, signalés par Lassalle.

1° La réalité économique est assez puissante pour faire fléchir même le système des croyances religieuses. Les pontifes romains modifient le régime des *sacra*, et amènent une véritable révolution religieuse, quand leurs prébendes sont menacées par les trop fréquentes répudiations d'héritage. L'évolution tout entière du droit successoral romain retrace une série de défaites d'une idée religieuse primitive (celle de la volonté personnelle du défunt continuée dans l'héritier), quand cette idée fut mise en présence d'un intérêt économique (celui de l'héritier, qui exige un patrimoine matériel).

2° Il est avéré que le droit retarde toujours sur le développement économique. Il est donc sûr qu'il est un domaine jusqu'à un certain point indépendant. C'est ainsi que le droit romain annule les contrats, en cas de dol ou d'erreur sur la chose. Mais le même droit est très flottant quand il s'agit de l'erreur sur la qualité ou de l'erreur sur le prix.

C'est que la loi romaine est faite pour un marché très simple, où chacun pouvait être connaisseur des utilités qu'il se préoccupait d'échanger et des prix usuels. Il n'en est plus ainsi sur le marché universel d'aujourd'hui. C'est pourquoi la législation sociale future assimilera par degrés l'erreur sur la qualité et sur le prix à l'erreur *in corpore* et au dol. Elle fera caducs les contrats évidemment erronés, conclus sous l'empire de la fiction qui subsiste d'un prix-courant universellement connu des marchandises du monde entier. Elle pourra aller jusqu'à la fixation de ce prix courant, jusqu'à la tarification sociale des marchandises. Le droit se transforme donc sous la pression des nécessités économiques.

3° Sur de certains points, il semble que le droit soit en avance sur l'économie politique. C'est ainsi que le droit est, chez les Romains et les Grecs, un système de responsabilités individuelles. Au contraire, le régime économique même des modernes est un système de connexions fortuites, où celui-là est châtié ou récompensé qui n'a aucune part dans les actes dont il subit le contre-coup. Une fluctuation dans les prix d'une denrée lointaine peut faire ma fortune ou ma ruine, en un instant, quel que soit le soin que j'aie mis à me renseigner et à gérer mes affaires. C'est là la « chaîne orphique » dont Lassalle a si éloquemment parlé (1) et qui attache entre eux d'un lien indissoluble tous les producteurs et tous les consommateurs. Il semble donc que notre droit soit ici plus équitable que notre régime économique, puisqu'il a rompu cette chaîne fatale, et qu'il donne à chacun son dû. Mais c'est là une apparence. Notre droit date

(1) *Reden und Schriften*, t. III, p. 43.

du temps où la solidarité économique, elle aussi, était infiniment moins complète et moins astreignante.

En ce sens le droit individualiste des Romains, qui ne nous sauve pas des solidarités économiques brutales d'aujourd'hui, est abstrait et retardataire. Car on peut méconnaître les solidarités économiques ; on ne peut pas les abolir. Et la question sociale est de trouver un droit à la fois et une économie qui établissent un juste équilibre de responsabilités.

Ce n'est pas ici le lieu d'exposer l'organisation d'ateliers sociaux commandités par l'État, et unis par un lien d'assurance et de réassurance mutuelle, qui, selon Lassalle, suffirait à conjurer les crises dont souffre l'économie présente et à affranchir l'individu. L'essentiel, bien qu'il ait énoncé son problème en termes d'un vocabulaire vieilli, est qu'il en ait bien discerné les termes. Il n'est pas vrai que le socialisme soit un système juridique purement centralisateur, unitaire et oppressif. C'est là plutôt le régime de la bourgeoisie. Mais le régime d'Étatisme administratif et protecteur qu'elle a fondé ne résiste pas aux soubresauts violents qui agitent le marché universel. La vieille propriété quiritaire où la bourgeoisie se réfugie, pour fuir toute revendication de solidarité sociale, n'y résiste pas davantage. Aussi cette bourgeoisie tombe économiquement et politiquement en poussière. La plèbe travailleuse, sous l'impulsion de nécessités impérieuses, mais aussi grâce à la puissance d'une idée juste, acquiert le rôle prépondérant dans l'État ; et ce sont ses besoins qui donneront corps au droit futur. C'est, en réalité, cette démocratie qui sent et raisonne et vote de plus en plus avec sa volonté propre, que Lassalle désigne du terme mythologique de *Volksgeist*.

CHARLES ANDLER.

PRÉFACE DE LOTHAR BUCHER

POUR LA DEUXIÈME ÉDITION

Quoique tièdement accueilli lors de sa publication par la presse de l'époque, le « système des droits acquis » s'est peu à peu tellement répandu qu'une nouvelle édition est devenue nécessaire. Il était facile de prévoir qu'il forcerait l'entrée de la bibliothèque du savant, du juriste, de l'archéologue ; il y a plus : aujourd'hui la « collision des lois » est familière et indispensable à tout praticien doué de quelque esprit scientifique. Donner des preuves de l'influence qu'a pu exercer l'ouvrage sur la jurisprudence et sur la littérature juridique, démontrer comment il aurait pu être utilisé par les législateurs des dix dernières années, serait le moyen le plus propre de reconnaître les sentiments amicaux qui ont déterminé l'auteur à nous léguer la propriété littéraire de ses écrits. C'est dans cette modeste mesure que nous nous proposions de compléter cet ouvrage considérable, en le mettant plus à la portée des lecteurs préoccupés uniquement des événements du jour. Mais nous avons été obligés de renoncer à ce projet qui ne correspondait pas suffisamment à nos occupations habituelles. Sans doute il est d'autres espérances scientifiques ou philosophiques de Lassalle qui ne se sont pas réalisées. Il n'y a plus, et il ne devait plus y avoir, à l'époque où il écrivit son ouvrage, de disciples de Hegel qui auraient pu faire dans d'autres domaines de la science du droit le travail qu'il avait fait dans la théorie de l'héritage. Et, si juste que fût son pressentiment d'être au seuil d'un temps nouveau, l'histoire de

l'Allemagne ne s'est pas orientée dans la direction qu'il prévoyait. Une lettre publiée sans mon assentiment et parue dans la « Germania » du 18 juillet 1878, lettre que je lui écrivis le 22 janvier 1862, indique le but qu'il poursuivait alors.

S'il vivait encore à l'heure actuelle, peut-être notre histoire intérieure le déterminerait-elle à développer cette idée, qu'il y a des moments où il est difficile à un peuple de se reconnaître lui-même, dans sa « substance ». Rien que les événements de mars 1871 auraient probablement ajouté à ce qu'il dit sur la révolution française la considération suivante : que c'est à distance seulement que les événements arrivés peuvent être rangés parmi les concepts de l'esprit historique et que l'on peut dire que dans une phase déterminée le « peuple a eu conscience de ce qui est juste, et que toute destruction d'un édifice symbolique n'a pas la même signification que la prise de la Bastille et n'est pas suivie d'une nuit du 4 août ». Il n'aurait certainement pas pris parti contre l'armée allemande et reconnu dans la commune de Paris « la forme enfin découverte en vertu de laquelle on arrivera à l'émancipation du travail ».

A une de ses soirées où se rencontraient des hommes comme Böckh, Pfuel et Friedrich Förster, je lui citai un jour une phrase de Lessing. Depuis lors j'ai pu constater que la citation n'était pas textuelle : mais, sous la forme que je lui donnai à ce moment-là, elle peut très bien servir de conclusion aux lignes qui précèdent :

« De tout temps il y a eu des hommes qui voyaient dans « l'avenir, mais ne pouvaient pas attendre cet avenir. Ce « que l'histoire prépare pendant des siècles doit mûrir dans « l'instant de leur existence. »

Berlin, août 1880.

L. BUCHER.

AVANT-PROPOS

Le présent ouvrage a eu pour ambition, et peut-être a-t-il le droit de dire qu'il a pour résultat définitif de dégager de la science juridique l'idée politique et sociale qui domine notre époque tout entière. Une semblable affirmation paraîtra paradoxale au premier abord; on ne saisira pas immédiatement quel rapport il peut y avoir entre un ouvrage qui prétend être purement et rigoureusement juridique, et l'idée politique de l'époque. Mais, si l'on veut bien réfléchir un instant, l'on s'apercevra combien ce rapport est profondément nécessaire.

Où découvrirons-nous la cause profonde de toutes nos luttes politiques et sociales? Dans les débats qui se sont rallumés de nos jours autour du concept du droit acquis, débats dont vibre l'âme du monde moderne et d'où découlent toutes les luttes politiques et sociales de notre siècle.

Sur le terrain juridique, politique, économique, le concept du droit acquis est la source vive d'où jaillissent tous les développements ultérieurs; et, quand l'élément juridique, sous la forme du droit privé, semble se détacher complètement de l'élément politique, il est alors bien plus politique que lui; car, à ce moment-là, il est l'élément *social*.

La conception plate et superficielle que se font les porte-parole de la bourgeoisie libérale de l'idée de politique, nous a mis dans la nécessité de faire, une fois de plus, la remarque qui précède. La bourgeoisie libérale se représente la politique comme une *chose isolée*; voilà qui caractérise bien son point de vue et son horizon intellectuel et condi-

tionne la nature de ses œuvres. Voilà qui donne à ses diatribes leur caractère fade et profondément ennuyeux ; et, comme elle ne soupçonne pas ce que c'est que l'*universalité* des choses de l'esprit, elle a toujours cherché à comprendre la politique dans cet isolement, où tout ce qui est d'essence intellectuelle cesse d'être vivant et intelligible ; et elle en a été réduite à ne voir partout que des mots, à ne lutter que sur des mots, avec des mots et pour des mots.

Mais un pareil culte du mot est naturellement funeste aux idées et aboutit nécessairement aux confusions les plus bizarres. L'on sait que Savigny, le chef de l'école historique, est considéré en Allemagne comme le principal représentant du parti réactionnaire. Or, ses principes sur les droits acquis pourraient être *qualifiés* de *révolutionnaires* à côté des principes ridiculement contradictoires établis par les représentants du libéralisme sur le terrain juridique. On trouvera un spécimen de ce contraste amusant, un exemple précieux de cette confusion inextricable, de ce tissu comique de contradictions qui s'entredétruisent à chaque pas, dans l'article « Lois dynastiques » (*Hausgesetze*) du « Staats-Lexikon » de Rotteck et Welcker (1re éd., Altona 1839).

Aussi une théorie véritable des droits acquis n'aura jamais qu'à élever, consciemment ou non, à *la hauteur d'une science*, l'idée qui anime et régit l'époque tout entière — (nous entendons sous ce nom une division la plus grande, la plus vaste et une phase importante dans l'évolution de l'esprit). Elle amènera cette idée à se saisir elle-même dans sa limpidité parfaite, à se débarrasser de sa forme immédiate sous laquelle elle agit instinctivement, pour se percevoir enfin sous sa forme véritable, dans toute sa plénitude. Et pour cette raison même elle devra démontrer que cette idée s'identifie avec la force plastique et organique qui jusqu'alors avait animé constamment la réalité empirique du droit elle-même. Cela ne contredit pas ce qui précède. L'approche d'une période nouvelle est toujours marquée par l'instant où l'on arrive à prendre conscience de ce qui déjà constituait la réalité.

Si nous réussissions à démontrer que toute la matière juridique qui s'est développée à travers l'histoire, depuis l'époque romaine jusqu'à nos jours, que le système du droit lui-même est susceptible d'une limpidité bien supérieure à celle qu'il a eue jusqu'à présent, nous découvririons en même temps le symptôme véritable et scientifique qui nous permettrait d'affirmer que la réalité juridique est sur le point de se transformer de fond en comble.

Car, prenant *consciemment comme point de départ* ce qui, depuis les époques les plus lointaines, n'était en elle qu'une impulsion inconsciente, elle devra logiquement aboutir, comme toute idée qui tend consciemment à se réaliser, à une forme extérieure aussi totalement différente du passé qu'elle se rattache étroitement, pour le fond, à celui-ci. Et ainsi nous posséderions un symptôme scientifique permettant d'affirmer que nous sommes arrivés à une période de transformation totale, à un tournant de l'histoire de la réalité juridique.

Notre intention n'est pas — et ne saurait être — de jeter ici plus de clarté sur ce point. On ne comprendra véritablement ce qui vient d'être dit que si, après la lecture de l'ouvrage tout entier, l'on jette un coup d'œil sur cette *préface*, qui, comme toute *préface*, est plutôt pour l'auteur une *post-face*. Du reste, il faudrait mal augurer d'un ouvrage dont la post-face serait claire et limpide pour le lecteur, sans que celui-ci connût l'ouvrage. A elle seule elle prouverait suffisamment que l'ouvrage n'apporte aucune modification importante dans la structure intérieure de la science.

Nous allons, pour cette raison, aborder un autre point. Nous ferons remarquer que le *titre* de cet ouvrage n'est pas en rapport avec son *contenu*. La matière que nous y développons (avec ou sans bonheur, ce n'est pas à nous à le dire) est beaucoup plus vaste que ne l'indique le titre ; mais cette disproportion est, selon nous, nécessaire. Quiconque se propose d'écrire la théorie des droits acquis, devra bientôt s'apercevoir que ce projet n'est réalisable que s'il a

pénétré, au préalable, l'essence véritable des différentes institutions juridiques. Mais voilà qui n'a jamais été fait jusqu'à ce jour ; c'est pourquoi il nous est nécessaire d'exposer dans notre ouvrage les bases sur lesquelles il a été édifié. C'est ainsi que nous avons dû exposer et pénétrer jusque dans leur essence le dol et la violence, l'ignorance de droit et de fait, l'erreur dans la substance et dans les motifs, les actions édiliciennes et les conditions, le quasi-contrat et la *negotiorum gestio*, etc., mais surtout le droit successoral, afin de pouvoir développer une théorie scientifique des droits acquis.

On s'explique très aisément pour quelle raison aucune de ces institutions juridiques n'a été comprise dans son essence jusqu'à ce jour.

Il y a actuellement plus de 40 ans que Hegel publia la première édition de sa *Philosophie du droit*. Daprès l'ensemble des conditions essentielles qui ont déterminé sa publication, cet ouvrage peut être considéré comme le premier essai tendant à démontrer que le droit est un organisme d'essence rationnelle qui est le centre de ses propres développements ; mais il n'a avec une *véritable* philosophie du droit d'autre rapport que celui du *plan logique* général d'un ouvrage *avec cet ouvrage lui-même*. Hegel a écrit le plan de l'ouvrage ; il en a tracé les grandes lignes ; quelle que puisse être la valeur intrinsèque de ce plan, il faut en savoir gré à l'auteur, qui le premier osa le construire ; auquel, du reste, l'universalité de sa tâche défendait de se consacrer à aucune matière spéciale et exclusive. Le premier devoir qui incombait aux disciples du philosophe, c'eût été d'*exécuter* ce plan, c'est-à-dire de commencer par écrire une *Philosophie du droit privé* et d'en développer toutes les institutions positives. Aucune tentative n'a été faite dans ce sens. Non pas que les philosophies du droit fissent défaut ; mais elles ne faisaient que rééditer la philosophie du droit de Hegel, en modifiant, en déplaçant et, presque toujours, en viciant tel ou tel détail sans importance. Au lieu de pénétrer dans le riche domaine du droit

positif et d'en faire la théorie scientifique, au lieu de faire dériver la *science du droit positif* de l'idée philosophique et de la développer, les philosophes se contentaient de planer dans le ciel des phrases générales, le plus loin possible du sol grossier de la matière juridique positive. Ils se contentaient, au lieu d'entreprendre l'œuvre elle-même, de répéter toujours à nouveau le plan de Hegel, d'en dévider toujours à nouveau les grandes lignes générales les plus ténues (comme la propriété, le contrat, etc...). C'est ainsi qu'on ne réalisa pas le moindre, le plus simple progrès, qu'on n'arriva même pas à expliquer le quasi-contrat, la *negotiorum gestio*, et à plus forte raison les actions édiliciennes, l'efficacité et l'inefficacité de l'erreur, etc... parce que Hegel ne l'avait pas fait; cela eût été pourtant nécessaire et inévitable pour reconnaître le *concept de volonté*, dont la philosophie du droit n'est que le développement et l'exposition. Nous ne parlons pas ici des philosophies du droit telles que celle d'Adolf Trendelenburg parue récemment. De semblables ouvrages, quelle que puisse être leur valeur, constituent un immense effort intellectuel pour comprendre le droit comme une totalité rationnelle, de nature indépendante et particulière; aussi ils ne peuvent s'en tenir, comme Hegel, qu'aux grandes lignes générales. Nous ne parlons ici que des Hegeliens. Eux précisément, à qui Hegel avait donné une conception et une méthode philosophique du système juridique, une division et une construction complète de la philosophie du droit; eux précisément auraient été autorisés à écrire une philosophie du droit, s'ils s'étaient décidés à pénétrer dans la matière juridique positive, dans la réalité des institutions du droit privé, à *créer d'une manière philosophique la science du droit positif.*

Rien de tout cela ne se produisit et ne fut même tenté. La philosophie hegelienne se comporta vis-à-vis du droit, comme elle se comporta vis-à-vis de presque toutes les sciences positives, à l'exception de la théologie et peut-être de l'esthétique. Autrefois l'on disait que la nature avait

horreur du vide ; les Hegeliens, eux, avaient une horreur du plein (*horror pleni*) de la matière positive dont ils se tenaient craintivement éloignés, tandis que la *vérité* ne peut être découverte et démontrée que par le détail concret des phénomènes empiriques. Sans doute la science empirique est beaucoup plus difficile à atteindre et beaucoup moins facile à exploiter que la substance souple et éthérée des considérations générales. Les choses en sont arrivées à un tel point, que la philosophie hegelienne, cette quintessence de toutes les sciences, menace aujourd'hui de devenir un jeu littéraire pour les beaux esprits, un tissu de trouvailles spirituelles destiné à cacher aux yeux la pauvreté de leur intelligence et de leurs connaissances.

Hegel lui-même et sa philosophie n'en sont pas responsables. A chaque page de ses ouvrages, Hegel n'a jamais cessé de répéter que la Philosophie est identique à la *totalité de la réalité empirique*, que le but principal de la philosophie, c'est d'approfondir les sciences empiriques. Aussi avait-il grandement raison, cet ami de Hegel qui dit aux Hegeliens devant la tombe de celui-ci : Alexandre le Grand est mort : le devoir de ses généraux est à présent de se partager son empire. Mais pour se partager cet empire universel que Hegel *n'avait conquis que d'une façon générale*, les lieutenants auraient dû conquérir d'une façon réelle les différentes provinces. Cette conquête réelle n'eut pas lieu; aussi la prise de possession générale ne put pas être longtemps maintenue. C'est ce qui explique la détresse et le mépris où est tombée, depuis, la philosophie. Une seule tentative remarquable a été faite, ayant justement le droit pour objet. Il s'agit du Droit successoral (Erbrecht) de Gans. Comme nous le verrons dans la deuxième partie, cette tentative était encore trop isolée et fut médiocrement heureuse. Néanmoins elle a le mérite d'avoir été sérieuse et d'avoir voulu pénétrer dans le domaine réel du droit. On n'aurait pas pu la renouveler souvent, on n'aurait pas pu explorer dans le même esprit les autres provinces du droit sans être poussé dans le bon chemin par la matière réelle

qui ne permet pas les égarements. Mais l'on s'en tint là.

Ainsi s'explique le caractère des rapports que devaient avoir désormais entre elles la *philosophie du droit* et la *science juridique positive*. La philosophie hegelienne avait prétendu concilier le droit naturel et le droit positif : elle portait en elle-même le principe fondamental général de cette conciliation. Mais sa tentative avait échoué. Aussi, comme par le passé, les philosophes du droit et les juristes continuèrent-ils à vivre les uns à côté des autres sans se connaître ; ils affectèrent même de s'ignorer plus qu'à l'époque hegelienne. Car il est incontestable que les œuvres de Savigny attestent une influence et offrent un certain tour philosophique que l'on ne retrouve plus chez la grande majorité des juristes postérieurs. Cet éloignement qu'observaient les philosophes du droit et les juristes positifs les uns vis-à-vis des autres ne profita naturellement à personne. D'un côté les philosophes du droit, abandonnant le domaine du droit réel pour planer dans les généralités spéculatives, en arrivèrent nécessairement à abstraire et à fausser les principes les plus généraux du droit qui faisaient l'objet de leurs spéculations; d'un autre côté les juristes positifs ne purent se dégager de la matière empirique ; comme par le passé ils demeurèrent exposés aux illusions sans nombre qui abusent l'entendement à chaque pas, quand il tend à la connaissance de l'élément spirituel qui domine les faits positifs.

Mais, pour être juste, il faut reconnaître que l'action des juristes positifs a été plus utile que celle des philosophes du droit et que les plus grands torts ne sont pas de leur côté. Car en qualité de représentants de la pensée, qui est une cause transformatrice, les philosophes avaient le devoir de se transformer en leur contraire, de devenir eux-mêmes des juristes positifs et d'extraire l'élément matériel de l'élément spirituel. Au contraire, les représentants de la matière sont moins répréhensibles d'avoir figuré ici comme ailleurs cette qualité de toute matière, la persistance en soi-même. Ils avaient tout au moins le mérite de rassem-

bler des matériaux et de rendre des services préparatoires à la connaissance future. La matière sans l'idée conserve toujours une valeur relative ; mais l'idée sans la matière est un pur non sens.

Et l'on peut même dire en toute franchise que tout ce qui a été fait dans les vingt dernières années pour spiritualiser et connaître la matière juridique doit être attribué aux juristes positifs et aux historiens du droit et non aux philosophes.

L'impuissance à laquelle ceux-ci étaient réduits n'a rien de surprenant. La philosophie ne peut être rien d'autre que la *conscience* d'elles-mêmes à laquelle parviennent les sciences empiriques. Il était donc nécessaire qu'au préalable les philosophes devinssent eux-mêmes des savants empiriques dans les sciences qu'ils devaient aider à prendre conscience d'elles-mêmes. C'est à juste titre que les juristes positifs se sont montrés extrêmement défiants et dédaigneux à l'égard des essais de constructions *à priori* de ceux à qui le champ de cette science positive était totalement étranger. Ces derniers, en effet, au lieu de connaître tous les replis, tous les sillons de ce champ et d'en faire jaillir des flammes lumineuses, voulaient répandre du haut du ciel la lueur instantanée d'un feu de bengale, lueur qui dans ses contours insaisissables et incertains révèle combien grand et obscur est le domaine qu'on se proposait d'éclairer.

Un autre point très important se rattache à ce qui vient d'être dit. Si, comme nous l'avons déjà montré, les philosophes du droit, au lieu de s'en tenir au plan de l'ouvrage déjà donné par Hegel, avaient composé l'ouvrage sur ce plan, cette réalisation du plan aurait révélé ce qui est faux et ce qui doit être modifié dans ce dernier.

Si, au lieu de s'en tenir aux grandes lignes tracées par Hegel, ces philosophes avaient écrit une philosophie du droit dans le sens indiqué plus haut d'un développement philosophique des différentes institutions juridiques concrètes de celui-ci, le contenu déterminé de ces institutions

positives aurait immédiatement révélé que l'on n'a encore rien fait quand on a reconnu des catégories générales abstraites telles que la propriété, le droit d'héritage, le contrat, la famille, etc. ; que le concept romain de propriété est différent du concept germanique, que le concept romain de la famille est différent du concept germanique, etc... c'est-à-dire que la philosophie du droit, en tant qu'appartenant à l'empire de l'esprit *historique*, n'a pas pour objet les catégories logiques éternelles, mais que les institutions juridiques ne sont que la réalisation de *concepts spirituels historiques*, ne sont que l'expression de l'esprit des différents peuples et des différentes époques, et doivent, par conséquent, être conçues comme telles.

Nous nous sommes expliqués accessoirement à ce sujet, autant qu'il nous était alors possible, dès le début de notre ouvrage (p. 58, 1re partie) ; nous avons brièvement montré la différence entre le concept romain de propriété et le concept germanique (cf. Applications n° II B et 2e partie) ; nos développements sur la différence des concepts de la famille se trouvent dans la 2e partie, n° 11 et n° 21 sqq. ; enfin la différence dans les concepts d'héritage est longuement exposée dans toute la deuxième partie de l'ouvrage. Seul l'ensemble de notre exposé des faits pourra éclairer ce qui vient d'être dit. En même temps la méthode que nous suivons démontrera pleinement que ce plan de Hegel lui-même, que tout l'édifice de la philosophie du droit de Hegel doit être abandonné complètement et qu'on ne peut conserver de la philosophie de Hegel que ses principes fondamentaux et sa méthode pour créer une philosophie du droit qui s'identifiera et se confondra alors avec la science juridique : tandis que dans leur isolement actuel, ni la philosophie du droit, ni la jurisprudence ne peuvent prétendre être une véritable science.

Le *système* de Hegel, sous la forme que Hegel lui a donnée lui-même, est, au point de vue de la *philosophie de l'esprit*, en complète contradiction avec ses propres principes et sa méthode philosophique.

Prouver cette assertion dans sa généralité serait l'affaire *d'un nouveau système de la philosophie de l'esprit* que nous exposerons peut-être un jour, au cas où l'ère des loisirs spéculatifs — qu'on ne peut plus appeler avec Tacite une *rara temporum felicitas* — ne devrait pas prendre fin en Allemagne.

Etant donnés la décadence et le discrédit où l'abus des théories et des considérations générales ont jeté la philosophie, il est préférable et opportun de faire précéder l'exposé de cette base philosophique des conclusions pratiques qui en découlent. Même sous cette forme isolée elles porteront en elles-mêmes leur propre preuve.

De ce qui précède il résulte que la réforme complète de la philosophie hegelienne que nous réclamons, et vers laquelle nous nous sommes acheminés dans le présent ouvrage pour ce qui est de la philosophie du droit, peut aussi bien être considérée comme la négation de la philosophie de Hegel que comme le développement de cette philosophie.

Nous portons l'étendard qu'a porté Hegel : mais le chemin qui doit nous conduire à la victoire n'est pas celui qu'il a suivi. Nous conservons les principes fondamentaux et la méthode de la philosophie hegelienne : mais, dans notre système, ils ont raison contre Hegel lui-même, contre l'exécution défectueuse que le sujet traité a donnée fortuitement chez lui à cette méthode et devait nécessairement donner dans une première tentative pour développer le système universel de sa pensée. C'est donc au fond Hegel qui a raison contre lui-même. C'est ce qu'on verra dans la deuxième partie de cet ouvrage beaucoup plus nettement encore que dans la première.

A cause de sa connaissance insuffisante de la matière, Hegel a été beaucoup moins juste pour la science juridique que pour toute autre science. Ainsi il considère les juristes romains comme l'activité de l'*intelligence* abstraite ; or, comme nous le démontrerons de la façon la plus positive dans tout le deuxième volume, cela n'est vrai que de

nos juristes. C'est tout le contraire qui est vrai des juristes romains. Nous verrons que leur activité n'est uniquement que celle du *concept spéculatif* ; mais c'est une activité qui ne se perçoit pas, qui ne se saisit pas elle-même, tout comme l'activité de l'esprit religieux et artistique. Nous verrons que cette activité a le caractère immédiat et toute l'ardeur de l'esprit religieux : voilà un trait qui nous permettra d'établir une distinction de principe extrêmement importante entre les juristes romains et postromains, distinction grâce à laquelle nous pourrons comprendre vraiment l'histoire du droit du Moyen Age.

Hegel trouve encore dans le *jus civile* romain des institutions injustes et abominables ; ou bien il reproche aux juristes et aux préteurs romains d'avoir fait une pure distinction verbale, dont il souligne la *calliditas*, quand ils appellent *bonorum possessio* une chose qui était pourtant un héritage, etc... (1). Or, nous verrons que rien de tout cela n'est vrai et que la distinction, loin d'être purement verbale, est au contraire la pleine distinction du concept spéculatif.

Mais tout cela ne fera que prouver que la philosophie hegelienne avait beaucoup plus raison qu'Hegel lui-même ne le pensait, et que le concept spéculatif est beaucoup plus puissant et s'étend à beaucoup plus de domaines que ne le croyait Hegel.

D'autres pourront prétendre que cette réforme de la philosophie hegelienne, que nous trouvons nécessaire aussi bien pour le *droit* que pour toute autre branche de l'esprit historique, est la *négation* de la philosophie hegelienne (ce qui, en réalité, ne saurait être contesté) ; pour notre compte, nous prétendrons toujours que cette négation découle de la philosophie de Hegel et en est la seule forme conséquente.

C'est seulement après qu'elle se sera réformée elle-même

(1) *Rechtsphilosophie* (Philosophie du droit) de Hegel, 2e éd., p. 32, 236 sqq.

(comme nous le verrons dans la deuxième partie) que la pensée philosophique pourra réformer et concilier avec elle-même les sciences positives, qui, dans leur isolement, n'ont que le choix de l'erreur. En ce sens la philosophie et l'examen historique ne feront qu'une seule et même chose.

Nous avons essayé d'écrire quelques parties essentielles de la philosophie du droit telle qu'elle vient d'être déterminée en tant qu'identique à la science juridique tout entière. Il n'appartient pas à un seul homme, à une seule œuvre de construire cette philosophie dans sa totalité. Néanmoins, là où les limites qui s'imposaient à notre ouvrage nous l'ont permis, nous avons jeté les fondements de l'interprétation philosophique des institutions qui ne pouvaient pas y être traités d'une façon spéciale. Ce nous sera une preuve très agréable de l'efficacité de notre travail que de voir d'autres personnes poursuivre notre œuvre dans la même voie.

Nous avouerons qu'il est très difficile d'entreprendre une réforme aussi complète de la science *à celui qui ne jouit pas d'un crédit suffisant*. Nous ne possédons pas de chaire du haut de laquelle nous pourrions répandre une parole autorisée. Nous ne faisons pas partie de la science corporative (car il y a une telle corporation savante, comme le savaient déjà Bunsen et Niebuhr). Mais nous devons être arrivés au point où l'*œuvre* seule est un titre, où la vérité est la seule *autorité*. D'ailleurs, c'est en précisant la matière positive, c'est en la saisissant dans la richesse vraiment concrète du détail, qu'on découvrira la preuve, qu'on fera naître la conviction, qu'on s'assurera par conséquent la victoire. C'est ce qui nous est arrivé, il y a trois ans, dans un domaine bien différent en apparence de celui-ci, dans le domaine des études anciennes (1). Des philologues endurcis mêmes admirent à notre grande surprise les résultats auxquels nous avions abouti et qui étaient en pleine contra-

(1) Lassalle fait allusion à son ouvrage sur *Héraclite d'Ephèse*, 2 vol., 1857.

diction avec leurs propres tendances. Et cela, grâce à la puissance persuasive qui réside dans le détail positif précis. Ici, quoique nous paraissions être dans un domaine scientifique totalement différent, la même méthode sera nécessairement suivie du même résultat. Nous pouvons même dire que cette différence entre les deux domaines scientifiques en question, la science de l'antiquité et la philosophie du droit, est purement apparente ; jamais en effet nous n'avons été pénétré aussi profondément de l'*unité* de toute science, qu'au cours de la rédaction du présent ouvrage.

Berlin, le 27 mars 1861.

FERDINAND LASSALLE.

PREMIÈRE PARTIE

Théorie des droits acquis et de la collision des lois, en particulier d'après le droit romain, le droit français et le droit prussien.

THÉORIE SYSTÉMATIQUE
DES DROITS ACQUIS

I

INTRODUCTION

De tous temps la question de la rétroactivité des lois ou, plus exactement, la question des délais impartis à l'application des lois, a été considérée comme une des plus difficiles, des plus complexes, mais aussi des plus importantes qui se posent dans tout le domaine du droit.

Des deux côtés se dressaient des écueils également menaçants. D'une part, permettre aux lois d'agir sur des opérations ou sur des situations juridiques antérieures, c'était mettre en péril toute sécurité juridique, la propriété comme la liberté des citoyens. Aussi l'on fit d'énergiques efforts pour échapper à ce danger.

« La rétroactivité, déclare Benjamin Constant (1), est le « plus grand attentat que la loi puisse commettre ; elle est « le déchirement du pacte social, elle est l'annulation des « conditions en vertu desquelles la société a le droit d'exiger l'obéissance de l'individu ; car elle lui ravit les garanties qu'elle lui assurait en échange de cette obéissance « qui est un sacrifice. La rétroactivité ôte à la loi son ca-

(1) *Moniteur* du 1er juin 1828, p. 755.

« ractère; la loi qui rétroagit *n'est pas une loi.* » Mais on était exposé, en voulant éviter cet écueil, à donner contre l'écueil opposé, qui était non moins funeste : tous les droits d'un peuple à la vie, le droit de la conscience générale à son propre développement, à sa propre expansion, on risquait de les sacrifier au prétendu droit de l'individu.

Voilà comment on en arriva à cette étrange affirmation, que de nouvelles lois ne peuvent exercer aucune action sur une situation juridique existante : c'était enlever au législateur, tout au moins dans des domaines très étendus, toute action sur ses contemporains, pour la limiter aux générations postérieures. Et déduisant rigoureusement les conséquences de ce principe, l'on enseigna, pour de certaines institutions, par exemple les fiefs, que les fiefs concédés sous une législation déterminée échappaient à toutes les lois ultérieures, qu'ils étaient soumis aux seules lois en vigueur à l'époque de leur concession (1).

Et ainsi, sous la formule solennelle d'un principe juste en lui-même, mais non confirmé par une théorie et exposé pour ce motif aux applications fausses, le sol sur lequel devait vivre et se développer le peuple est devenu une immense nécropole. Les générations vivantes ont été traitées comme on traite l'esprit des défunts auxquels la terre et le droit à la réalité n'appartiennent plus ; au contraire on a laissé à ces esprits défunts l'espace et la sphère de l'existence qui constituent les conditions de l'existence et du développement du peuple.

L'idée exprimée si énergiquement par Benjamin Constant : « que la rétroactivité enlève à la loi son caractère ; « qu'une loi qui rétroagit n'est plus une loi », amena logiquement à considérer la non-rétroactivité comme une règle de droit naturel qui dépasse la compétence du législateur lui-même. Struve (2) formule cette conséquence en disant

(1) Götze, *Provinzialrecht der Altmark*, Magdeburg, 1836, I, p. 11 sqq.

(2) *Ueber das positive Rechtsgesetz rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit.*, Göttingen, 1831, p. 6, 30-34, 153 sqq.

que les règles relatives à l'application des lois nouvelles ne doivent pas être tirées de lois positives; le juge les déduit exclusivement de la nature de la cause dont il s'occupe: c'est pourquoi, selon Struve, toute législation de transition est inadmissible. D'après Savigny (1), cette opinion de Struve, qui méconnaît totalement les rapports qui existent entre le législateur et le juge est une opinion isolée. Mais un examen attentif nous montrera qu'il n'en est rien. Car l'idée fondamentale de Struve est précisément celle que nous venons de relever: il n'est pas dans le pouvoir du législateur de violer le principe de la non-rétroactivité qui appartient au domaine du droit naturel; conséquemment, ce principe doit être placé en dehors du cercle d'action du pouvoir législatif. C'est là un point de vue qu'ont adopté beaucoup de personnes, notamment pour démontrer la nécessité d'introduire le principe de la non-rétroactivité dans les constitutions et de le soustraire, par cette sanction, à l'action du pouvoir législatif. C'est ainsi que Berriat Saint-Prix prétend dans sa *Théorie du droit constitutionnel* (2) que l'article 2 du Code civil (3) eût mieux été à sa place dans la Constitution de 1848 que dans le Code civil; et, effectivement, quand le deuxième chapitre de la Constitution de 1848, qui énumère les droits des citoyens garantis par la Constitution fut discuté à la tribune de l'Assemblée nationale, un amendement dans ce sens fut déposé par M. Dabeaux et défendu chaudement (4) par d'autres députés:

(1) *System des h. R. R.*, VIII, 405.

(2) Paris, 1851, nos 736 et 737. « La puissance législative elle-même ne peut dépouiller un citoyen des droits qui composent son patrimoine; elle ne peut le grever d'une charge qui diminuerait sa fortune... Le principe de la non-rétroactivité domine toute la législation. Il était *mieux à sa place dans la loi constitutionnelle* que dans le Code civil, loi secondaire, qui a pour objet spécial de régir le patrimoine des particuliers. »

(3) « La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif. »

(4) Comme on objectait que ce principe avait déjà sa place dans le Code civil, M. Demante répliqua : « Voulez-vous réserver au

M. Odilon Barrot le fit rejeter sans toutefois y opposer de sérieuses objections (1). D'autres Constitutions ont réellement sanctionné ce principe. La déclaration des droits placée en tête de la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), spécifie à l'article 14 qu' : « aucune loi, ni criminelle, *ni civile*, ne peut avoir d'effet rétroactif » (2).

Déjà la déclaration des droits de l'homme qui figure dans la constitution du 24 juin 1793 contient à l'article 14 une affirmation qui caractérise bien cette époque de farouche énergie : « l'effet rétroactif donné à la loi serait *un crime* » ; il est vrai qu'il n'est ici question que du droit criminel (3). Cependant Merlin a plus tard prétendu, lors de la séance du 5 floréal an III (24 août 1795), c'est-à-dire en pleine tourmente de réaction thermidorienne, que dans l'idée première de la commission chargée d'élaborer la Constitution cette disposition devait s'étendre également au domaine du droit civil, et que si on ne l'avait pas adoptée, c'était uni-

législateur le pouvoir d'insérer dans une loi une disposition rétrospective ? Ne le voulez-vous pas ? Il faut que vous disiez dans la Constitution qu'aucune loi ne peut être rétroactive. Vous ne trouvez pas cela dans le Code civil. Le Code civil vous dit : la loi n'a pas d'effet rétroactif. Mais le Code civil ne s'occupe pas des pouvoirs du législateur, etc... »

(1) M. Odilon Barrot prétendait que le principe n'était pas absolu, parce que les lois favorables peuvent rétroagir. Cette réponse n'est pas solide, car elle n'atteint pas le point litigieux. Tout le monde reconnaît que le principe de non-rétroactivité n'est pas applicable aux lois exclusivement favorables. L'article 2 du Code civil n'a jamais empêché les tribunaux français d'appliquer de semblables lois à des faits antérieurs.

(2) Il est clair qu'une semblable prescription constitutionnelle confirmerait, dans ses conséquences, l'opinion de Struve. Car si le législateur, intentionnellement, ou par inadvertance, créait une loi qui, selon les principes scientifiques, constitue une véritable rétroaction, le juge serait obligé, de par la Constitution, de refuser l'application à une semblable loi.

(3) L'enchaînement des idées est le suivant : La loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existât serait une tyrannie, l'effet rétroactif, etc...

quement parce qu'on avait désapprouvé la rédaction de cet article proposée par Hérant de Séchelles (1).

La Constitution des Etats-Unis de l'Amérique du Nord déclare également (article 1, chapitre IX, paragraphe 3) : « Il ne peut être décrété aucun *bill of attainder*, ni aucune loi ayant un effet rétroactif. »

On trouve de même dans la Constitution norvégienne la disposition générale qui suit (§ 97) : « On ne doit laisser rétroagir *aucune* loi. »

Quant à l'article 2 du Code civil, il est hors de doute qu'il ne contient une indication que pour le juge et non pour le législateur. C'est du reste dans ce sens qu'il est interprété dans la jurisprudence française. Néanmoins, nous remarquerons que dans l'Exposé des motifs apporté à la tribune par le conseiller d'Etat Portalis, à la séance du 4 ventôse an XI (23 février 1803), il est déclaré que les dispositions de l'article 2 ne doivent pas être considérées comme émanant du cerveau du législateur, mais comme déterminées par les limites de sa compétence : « La tête d'un grand législateur, « dit Portalis, est une espèce d'Olympe d'où partent ces « idées vastes, ces conceptions heureuses qui président au « bonheur des hommes et à la destinée de l'Empire. Mais *le* « *pouvoir de la loi ne peut s'étendre* sur des choses qui ne « sont plus et qui par là même sont hors de *tout pouvoir*. »

Par le seul fait qu'elles incorporent à la déclaration des droits de l'homme le principe en question, les constitutions françaises dont il vient d'être question prouvent clairement

(1) « L'article de la déclaration des droits, dit Merlin, qu'on vous a cité, fut présenté par Héraut, au comité de constitution, rédigé comme il l'est. On trouva cette rédaction mauvaise, on dit qu'elle semble ne s'appliquer qu'aux lois pénales et on l'ajourna. Malgré l'improbation de ses collègues, Hérault vint ici faire adopter cette rédaction ». — Il s'agissait, dans cette séance, de rapporter la loi du 17 nivôse, an II, sur les héritages, qui avait déjà agi rétroactivement sur des successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789, et Merlin raconte qu'il fut, dès le début, hostile à cette loi et invoqua vainement au comité l'art. 14 de la déclaration des droits.

qu'elles le considèrent comme un principe de droit naturel, qui ne découle pas du droit positif et qui échappe à l'action de celui-ci. Cette manière de voir peut s'expliquer, semble-t-il, si l'on songe qu'à cette époque-là le « droit naturel » était en grand honneur. Toutefois, les législations anciennes ont également l'habitude, quand elles établissent ce principe, de ne pas le présenter comme une *disposition*, mais comme une règle qui découle nécessairement de la nature de la chose et qui fait loi par elle-même (1). Ainsi il est dit dans l'ordonnance de l'empereur Théodose, de l'année 440, qui est le monument connu le plus ancien où un législateur ait énoncé cette règle : *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.*

Savigny (2) remarque déjà que les mots *certum est* supposent la préexistence de la règle dont nous nous occupons. A cet égard, il aurait pu citer encore l'ordonnance de l'empereur Anastase qui se termine ainsi : *quum conveniat leges futuris regulas imponere, non præteritis calumnias excitare* (3). Ici l'expression *calumnias excitare* indique très nettement que la loi sans cela porterait préjudice à des actes juridiques antérieurs. De ce *certum est*, Savigny conclut que c'est un pur hasard si nous ne possédons pas de textes plus anciens qui formulent cette règle. Et à ce propos il cite encore un passage du deuxième discours de Cicéron contre Verrès (I, c. XLII) (4) où il est affirmé que

(1) L. 7, C., *de legibus* (I, 14).

(2) *System*, VIII, 394.

(3) L. 65, C. *de Decurionibus et filiis eorum* (X, 31).

(4) Par un faux, en écrivant *fecit, fecerit*, au lieu de *fecerit*, Verrès avait donné un pouvoir rétroactif à la *Lex Voconia* : *Fecit, fecerit*, s'écrie Cicéron. « Quis unquam edixit isto modo? Quis unquam ejus rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quæ neque post edictum, neque ante edictum provideri potuit ? Jure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur, testamentum P. Annius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum. Quod si ita

la règle en question a été de tous temps en vigueur (1). Mais le texte littéraire le plus ancien que l'on possède sur ce point est un passage du *Théetète* de Platon, dont il n'est cependant fait aucune mention dans les ouvrages aussi remarquables qu'érudits de Voigt (2) et de Hildebrandt (3) consacrés à l'étude de l'influence de la philosophie grecque sur le droit romain. On y trouve déjà esquissée, non seulement avec une ressemblance frappante, la définition de Théodose : *leges futuris certum est dare negotiis*, mais elle y est encore étayée sur un raisonnement très serré.

Dans une conversation avec Théodoros (4), Socrate est amené à parler, quoique incidemment, de l'idée de l'Etat et de l'Utile : « Mais ce que tout Etat appelle utile, il « cherche à l'atteindre par ses lois et il s'efforce, dans la

fecisset, tamen post illius mortem *nihil de testamento illius novi juris constitui oporteret*. Voconia lex te videlicet delectabat? Imitatus esses ipsum illum Q. Voconium, qui lege sua hereditatem ademit nulli neque virgini, neque mulieri ; *sanxit in posterum*, qui post eos censores census esset, nequis heredem virginem neve mulierem faceret. In lege Voconia non est : Fecit, Fecerit ; *neque in ulla præteritum tempus reprehenditur*. »

(1) Néanmoins Cicéron en admet déjà une limitation importante dont Savigny n'a pas tenu compte ; après *reprehenditur*, il ajoute en effet : « Nisi ejus rei, quæ sua sponte scelerata ac nefaria est, ut etiam si lex non esset, magno opere vitanda fuerit. »

(2) *Théorie du jus naturale*, etc., Leipzig, 1856.

(3) *Geschichte und System der Rechts=und Staatsphilosophie*, Leipzig, 1860.

(4) *Théetéte*, p. 178 A., p. 177 éd. Stallb. : ΣΩ. 'Αλλ' ὃ ἂν τοῦτο ὀνομάζῃ, τούτου δήπου στοχάζεται νομοθετουμένη, καὶ πάντας τοὺς νόμους, καθ' ὅσον οἴεταί τε και δύναται, ὡς ὠφελιμωτάτους ἑαυτῇ τίθεται, ἢ πρὸς ἄλλο τε βλέπουσα νομοθετεῖται ; ΘΕΟ. Οὐδαμῶς. ΣΩ Ἦ οὖν καὶ τυγχάνει ἀεί ἢ πολλὰ καὶ διαμαρτάνει ἑκάστη ; ΘΕΟ Οἶμαι ἔγωγε καὶ διαμαρτάνειν. ΣΩ. Ἔτι τοίνυν ἐνθένδε ἂν μᾶλλον πᾶς τις ὁμολογήσειε ταὐτὰ ταῦτα, εἰ περὶ παντός τις τοῦ εἴδους ἐρωτῴη, ἐν ᾧ καὶ τὸ ὠφέλιμον τυγχάνει ὄν, ἔστι δέ που καὶ περὶ τὸν μέλλοντα χρόνον, ὅταν γάρ νομοθετώμεθα, ὡς ἐσομένους ὠφελίμους τοὺς νόμους τιθέμεθα εἰς τὸν ἔπειτα χρόνον, τὸυτο δὲ μέλλον ὀρθῶς ἂν λέγοιμεν.

« limite de son savoir et de son pouvoir, d'édicter les lois « qu'il juge les plus utiles. Ou bien a-t-il un autre but en « instituant des lois ? » — Théodoros : « Aucun ». — Socrate : « L'Etat réussit-il toujours, ou ne lui arrive-t-il pas « souvent de manquer son but ? » — Théodoros : « Je crois « qu'il le manque souvent. » — Socrate : « Prenant cette « affirmation comme point de départ, tout homme recon« naîtrait certainement qu'il en est de même pour l'es« pèce tout entière à laquelle appartient l'utile. En effet, « l'utile se rapporte toujours à l'avenir. Car, quand nous « donnons des lois, nous les donnons comme devant être « utiles à une époque ultérieure. Mais c'est précisément « là ce que nous appelons l'avenir (1). »

(1) Le raisonnement de Platon est à peu près le suivant : Le but des lois est la *production de l'utile*. L'utile, en tant que chose qui doit être produite, est, d'après son concept, situé dans l'avenir. En conséquence, les lois ne peuvent, d'après leur concept, ne s'appliquer qu'au futur et non pas au passé. Donc les lois qui agissent sur le passé sont en contradiction avec leur concept, car, avant d'exister, elles ne pouvaient être utiles à personne.

Nous verrons plus tard (§ 1 de la *Théorie*) *comment* et *pourquoi* l'esprit grec a été et a dû être le *premier* qui ait conçu l'idée de non-rétroactivité.

Pour l'instant nous voulons simplement attirer l'attention sur le point suivant : Dans la conception platonicienne de l'Etat, qui est, du reste, celle de l'antiquité grecque, et d'après laquelle les lois sont instituées pour produire l'utile, l'idée de non-rétroactivité est donnée d'une façon beaucoup plus immédiate que dans la conception moderne des lois ; de nos jours, on considère celles-ci comme des règles du jugement, des règles établies par la conscience générale. Car si les lois sont des manifestations objectives de l'esprit général, *si elles sont des normes qu'il tire de lui-même et établit pour lui-même, nous ne savons pas encore à présent pourquoi* ces définitions que la conscience générale se donne d'elle-même, d'autant que, pour un état d'esprit historiquement donné, elles ont, *tant qu'il trouve en elles son expression*, la valeur de définitions *logiques*, ne s'étendent pas à tout le réel, quelle que soit l'époque à laquelle il remonte.

Le résultat auquel nous aboutissons ici par une analyse profonde se confond avec une idée très superficielle que l'on se fait souvent des lois, d'après laquelle celles-ci ne sont que des *indica-*

Tous ces textes que nous venons de citer, celui de l'empereur Théodose comme ceux de Platon et de Cicéron, sont d'accord sur le point suivant : le principe d'après lequel les lois n'agissent que sur l'avenir est une nécessité intérieure faisant autorité par elle-même ; par surcroît, Platon déduit ce principe de l'antique conception de la législation. Et de même que les Anciens et les législateurs français, le législateur du Code prussien a été obligé de reconnaître ce principe. On lit dans l'exposé des motifs du Code prussien (5 février 1794) au § 8 : « D'une manière générale aucune loi ne doit être appliquée à des faits antérieurs : ce principe sera également observé dans le présent Code et à ce propos l'on devra simplement tenir compte des dispositions prescrites aux §§ 14-29 de l'introduction. »

Ainsi il est ici reconnu expressément que, même dépourvu de sanction législative, le principe de non-rétroactivité subsisterait néanmoins par sa propre nécessité. On reconnaît l'impossibilité de régler différemment cette question, même par des prescriptions positives.

Le développement de la théorie nous apprendra plus tard ce qu'il en est de la valeur en droit naturel de ce principe, tel qu'il est généralement compris.

Pour l'instant il importe de remarquer que, malgré l'unanimité des avis sur le principe lui-même, les opinions sont très divergentes quant à son application. Ainsi, au premier abord, la difficulté n'est pas de comprendre le principe en lui-même, mais de déterminer dans quels cas, et dans quels domaines du droit il doit être appliqué ou non. Mais, comme la réponse à cette question ne peut être déduite que de la nature intime du principe, nous sommes ainsi ramenés à l'examen et à la discussion de ce dernier (1). Certes, chaque fois que les législateurs ont cru

tions pour le juge, de même il est extrêmement superficiel d'exiger du juge qu'il ne tienne compte que des *lois de son pays* ou de son temps.

(1) C'est pourquoi les Constitutions y gagnent fort peu à sanc-

devoir ou pouvoir s'en écarter, ils ont obéi à leur sentiment immédiat du droit ou à des considérations déterminées d'équité ou de politique. Mais la situation des juges était bien plus embarrassante, quand on réclamait l'application d'une loi qui avait été promulguée sans spécification de rétroactivité, à des faits juridiques antérieurs ou à leurs conséquences. Dans ce cas, ils étaient obligés de pénétrer la nature intime du principe afin d'en déterminer la portée. Comme il ne pouvait échapper à la perspicacité des juges que ce principe, si bien fondé qu'il fût, ne saurait être appliqué absolument à tous les cas, l'on se tira d'embarras en établissant des *exceptions* et l'on en réduisit la théorie à une pure casuistique. — L'on voit combien cet expédient est défectueux et dénué de toute valeur scientifique. En effet, la limitation du principe représentée par l'*exception*, ou bien découlait de la propre nature de celui-ci, ou bien elle n'en découlait pas. Dans le premier cas, il ne saurait être question d'exception, car, par le seul fait qu'un objet a une limite, il a une forme bien déterminée. Et ainsi, dès qu'un principe théorique pose lui-même très nettement sa propre limite, il détermine de la façon la plus rigoureuse sa propre portée. C'est précisément la *limite* du principe qui aurait dû permettre de le reconnaître. — Si inversement le principe ne se limitait pas par lui-même, si ses *limites* lui étaient imposées par une cause extérieure, par d'autres principes, par exemple, il y avait alors empiètement sur son domaine et atteinte à sa souveraineté intangible (1). D'autre part, si cet expédient est peu soutenable au point de vue théorique, il est, au point de vue pratique, d'une application difficile et peu sûre. C'est

tionner ce principe, car ce n'est jamais le principe lui-même qui est contesté, mais son contenu et sa signification.

(1) Nous verrons ultérieurement qu'en réalité ce principe n'a et ne peut avoir *aucune exception*, et que, pour user d'une expression courante, partout où la rétroactivité des lois est justifiée, on n'est pas en présence d'une rétroactivité réelle, mais simplement apparente.

à lui qu'il faut attribuer la variabilité et les divergences des arrêts rendus par les tribunaux, qui sont plus nombreuses et plus nettement contradictoires dans ce domaine du droit que partout ailleurs (1).

L'arrêtiste français Sirey et, en Allemagne, les éditeurs des *Annales de Heidelberg* (janvier 1811, § 41) reconnaissent l'impossibilité de formuler des principes généraux bien déterminés qui tranchent cette question. Précédé dans cette voie par différents jurisconsultes dont il cite lui-même les noms, Savigny aborda l'étude de cette théorie et lui fit réaliser un progrès extrêmement important. La question est développée tout au long au huitième volume de son *Système du droit romain actuel* (p. 368-540).

Quoique s'appuyant sur un raisonnement différent du nôtre, Savigny s'élève déjà contre ce fâcheux expédient

(1) A ce point de vue, la jurisprudence française est particulièrement intéressante, à cause de son histoire mouvementée. Ses fluctuations et ses contradictions sont telles que M. Blondeau, professeur suppléant à la Faculté de Droit de Paris (Dissertation sur l'effet rétroactif des lois, insérée dans la *Jurisprudence de la Cour de Cassation*, t. IX, 2e part., p. 278 sq.), exprime le désir que le législateur règle par des dispositions spéciales l'action transitoire de *chaque nouvel article de loi* plutôt « que de laisser subsister l'arbitraire auquel nous sommes livrés aujourd'hui ! » Evidemment ce désir est absolument irréalisable. Une semblable casuistique législative n'est pas possible. Du reste, elle serait condamnée à être éternellement insuffisante. Car, pour chaque domaine du droit et pour chaque article de loi, une infinité de collisions peuvent se produire ; l'on ne saurait donc indiquer d'avance la solution que comportent tous les cas possibles. Par conséquent, c'est à la science qu'il appartiendra toujours de résoudre cette question. Pour en revenir à M. Blondeau, Merlin lui reproche d'être trop « métaphysicien » (cf. *Répert. de Jurisprud.*, v° Eff. rétr., sect. III, § 2, art. 9). Les Français usent étrangement d'un pareil reproche ! En Allemagne on trouverait M. Blondeau terre à terre, vulgaire au dernier point. Voici, en effet, quelle est sa façon de procéder : Il réduit tous les droits, tous les rapports juridiques à n'être que de simples *attentes* ; ensuite il examine si le législateur peut avoir des raisons suffisamment fortes pour tromper ces attentes.

qui fait d'une loi rétroactive une *exception* au principe de non-rétroactivité (1).

Savigny élimine cet expédient en divisant les règles relatives au principe qui nous occupe en deux catégories : 1° celles qui concernent l'*acquisition des droits* (c'est-à-dire le rattachement d'une institution juridique à un individu); 2° celles qui concernent l'*existence des droits* (c'est-à-dire l'existence ou la non-existence d'une institution juridique et sa nature) (2). Ce n'est qu'à la première catégorie de règles qu'on peut appliquer le principe suivant lequel :

Les lois nouvelles ne peuvent pas rétroagir.
Les lois nouvelles n'atteignent pas les droits acquis.

(1) SAVIGNY, ouvr. cit., p. 374 : « Quand on peut s'attendre à un résultat si grave et si net que, si on essayait de l'appliquer rigoureusement, il apparaîtrait de lui-même comme impossible, on a coutume de se tirer d'embarras en recourant à des exceptions au prétendu principe général. Mais c'est précisément cet expédient contre lequel il faut se mettre en garde. » Et à la page 518 : « Les exceptions au principe de rétroactivité sont de nature contingente : elles ne s'imposent pas nécessairement et il *serait à désirer qu'on n'y recourût pas*. Elles ne conviennent nullement aux lois dont il s'agit ici. Si nous examinons celles-ci sans prévention, nous nous convaincrons immédiatement qu'en recourant à ces exceptions l'on altère totalement le sens des lois. » Savigny montre que, par exemple, une loi abolissant le servage, devrait être, d'après cette théorie des exceptions, conçue comme suit : « Il sera interdit à l'avenir de réduire un homme en servage ; cette prescription aura exceptionnellement un effet rétroactif, de sorte que les personnes actuellement soumises au servage doivent recouvrer leur liberté. » Voilà qui est totalement dénué de sens, car, comme depuis longtemps personne n'a songé à rétablir le servage ou la dîme, l'on met de la sorte en tête de la loi une prescription complètement inutile : en outre, la seule chose que pensât et voulût le législateur, on la présente comme une exception. — Cette argumentation est fine et judicieuse ; mais Savigny n'effleure même pas le point capital. Il aurait pu le faire, s'il s'était souvenu de ce qu'il dit, quand il étudie le droit scientifique, au sujet des rapports entre la règle et l'exception, I, 47 (c) : « ... ce que nous nommons ici l'exception n'est que *l'expression de notre conception imparfaite de la règle*. »

(2) SAVIGNY, ouvr. cité, p. 375 sqq.

Inversement pour la deuxième catégorie :

Les lois nouvelles peuvent rétroagir.
Les lois nouvelles ont prise sur les droits acquis (1).

Grâce à l'autorité de son auteur et à l'incontestable justesse de la distinction sur laquelle elle repose, la théorie de Savigny a joui longtemps d'un crédit presque illimité ; c'est pourquoi nous croyons devoir exposer, dès le début de notre étude, les critiques que nous avons à formuler à propos du travail de Savigny, et montrer comment il n'a pas atteint son but qui était d'élucider définitivement cette question.

Les premières objections que nous adresserons à Savigny sont de nature purement théorique. Assurément, par sa division des règles juridiques en deux groupes, celles qui sont soumises au principe de rétroactivité et celles qui ne le sont pas, Savigny élimine la nécessité de recourir aux exceptions dans le cas de rétroactivité. Mais pour que cette division en deux classes constituât une théorie véritable, il eût fallu ramener aussi bien le principe de non-rétroactivité que celui de rétroactivité à une *idée supérieure de droit*. C'est ce qui n'a pas lieu ici. Tout d'abord l'on ne nous dit pas sur quelle idée supérieure de droit repose le principe de non-rétroactivité (2). Ensuite, pour qu'il y eût

(1) Savigny, pp. 373 et 517.

(2) Les observations que présente Savigny, à la page 390, pour se justifier, ne parviennent pas à combler la lacune que nous avons signalée. Il n'expose que des raisons de convenance « extrêmement importantes et désirables » : 1° La confiance inébranlable en l'autorité des lois en vigueur est désirable ; 2° Est également désirable le maintien de la situation juridique et de la situation de fortune existant à l'époque où sont promulguées de nouvelles lois ; 3° Il est impossible d'appliquer le principe de rétroactivité d'une façon absolue. Comme toutes les raisons d'opportunité, celles-ci n'ont pas de *limite* qui découlent de leur propre nature. Si donc elles étaient les vraies et définitives raisons, elles excluraient toute rétroactivité, même la rétroactivité qu'admet Savigny à propos de l'*existence* des droits ; il en résulterait effectivement que la con-

théorie, il eût fallu que les *deux* principes, aussi bien celui qui détermine les cas auxquels s'appliquera la nouvelle loi que celui qui détermine les cas auxquels elle ne s'appliquera pas, pussent être réduits à une idée juridique *commune*, à une *seule et même* source. Car c'est seulement où il y a *unité* qu'il y a *théorie*. Cette unité continue à se manifester même dans les exceptions qu'elle fait elle-même surgir de son propre sein. Et ainsi, l'idée de non-rétroactivité doit déterminer elle-même les cas où la nouvelle loi doit immédiatement entrer en vigueur.

Or, Savigny n'a pas atteint ce résultat ; c'est pourquoi il ne peut être ici question de *théorie*, mais uniquement d'un élément en deux groupes.

A un autre point de vue, l'on remarquera que cette classification dispense assurément Savigny de considérer les différents cas de rétroactivité comme autant d'exceptions. Mais comme, d'une part, en plaçant en tête de sa division le principe de non-rétroactivité, il lui reconnaît une portée générale et que, d'autre part, le principe d'après lequel les lois relatives à l'existence des droits sont rétroactives n'est pas réduit à une unité intime avec le premier, il en résulte que cette seconde classe, celle qui admet la rétroactivité, *apparaît tout entière comme une exception au principe de non-rétroactivité*. De la sorte, nous n'avons qu'une juxtaposition d'un grand nombre d'exceptions particulières, transformées en une exception plus générale, *en une classe d'exceptions*. Le caractère de l'exception elle-même subsiste.

Jusqu'à présent nos objections ont été d'ordre purement théorique ; aussi elles sembleront sans poids à ceux qui se rient des exigences trop élevées de la théorie dans le do-

fiance inébranlable en l'autorité de la loi en vigueur serait accrue et que la situation juridique et la situation de fortune seraient considérablement affermies ! Mais Savigny ne pousse pas son raisonnement jusqu'à ces conséquences : ce qui prouve que son argumentation est tout à fait arbitraire. En réalité, ces raisons qu'il expose sont insuffisantes et la question n'est pas élucidée.

maine du droit et les traitent de « rêveries métaphysiques ». Et pourtant nous avons justement ici une excellente occasion de nous convaincre de la valeur et de la nécessité d'une véritable théorie. Car c'est seulement dans cette défectuosité de la théorie que nous découvrirons les racines profondes des objections qui vont suivre ; et ceux-là mêmes qui ne s'intéressent qu'à la valeur pratique des lois n'hésiseront pas à en reconnaître l'importance capitale.

Non seulement le principe de Savigny qui repose sur une classification double des règles juridiques n'embrasse pas, n'épuise pas, comme nous l'allons bientôt voir, tous les cas possibles, mais il est encore extrêmement défectueux au point de vue pratique. Pour ces deux raisons il doit être rejeté.

Nous ne nierons pas qu'il ne renferme une certaine part de vérité, ce qui, du reste, était également le cas pour toutes les formules de ses précurseurs que nous avons citées ; mais ce n'est pas la Vérité elle-même ; il en résulte, naturellement et nécessairement, que, d'une part, pour rester fidèle à son principe, Savigny aboutit très fréquemment à des conclusions totalement erronées, que, d'autre part, quand il lui arrive par hasard d'obéir à son sentiment immédiat de la justice, ses décisions sont *justes*, mais contraires nécessairement à son principe (1).

Ce résultat, il faut l'avouer, était d'autant plus inévitable que (2), suivant que l'on se plaçait au point de vue de l'individu ou de la matière juridique, les mêmes lois étaient relatives, tantôt à l'acquisition, tantôt à l'existence des droits : cette division repose en conséquence sur des catégories abstraites de l'entendement qui, en dernière analyse, se pénètrent réciproquement et ne se distinguent entre elles par aucun caractère fixe et précis.

En fin de compte Savigny arrive à se contredire expres-

(1) Déjà Bornemann a relevé une semblable contradiction dans un ouvrage dont nous allons avoir à nous occuper.

(2) Cf. *Applications*, I et II, A.

sément lui-même. Ainsi il range, et avec raison, les lois sur le mariage et le divorce parmi les lois relatives à l'*existence* des droits ; d'où il résulte que, non seulement si une loi nouvelle établit ou supprime le divorce en général, mais si encore une modification est apportée dans les *causes du divorce*, cette modification doit, d'après Savigny, rétroagir sur les faits antérieurs. Ainsi, un acte qui ne constituait pas une cause de divorce au moment où il a été accompli par l'un des conjoints, peut être invoqué contre lui par l'autre conjoint, si une nouvelle loi range cet acte parmi les causes de divorce. Telle n'était cependant pas l'intention du législateur prussien ; car, lorsqu'en 1814 et en 1816, le Code prussien fut introduit ou réintroduit dans quelques provinces, il y fut à juste titre spécifié que désormais le divorce serait soumis à la nouvelle juridiction du Code prussien, mais que les actes commis antérieurement à l'introduction ou à la réintroduction du dit Code ne pourraient constituer des cas de divorce, si elles n'en constituaient pas dans la législation précédente. Savigny (ouvr. cité, p. 256), citant ces nouvelles lois à l'appui de sa théorie, s'exprime ainsi : « On se borna à ajouter une exception *très modérée* et *équitable* : une cause de divorce établie par le Code prussien ne peut être invoquée quand l'acte sur lequel elle s'appuie a été accompli sous le régime de la loi étrangère qui ne le considérait pas comme une cause de divorce ». Ainsi Savigny avoue lui-même, manifestement sous l'influence de son sentiment juridique, que cette prétendue (1)

(1) Savigny est dans l'erreur quand il croit que cette disposition était une « exception » dans l'esprit du législateur prussien. Elle ne peut pas être une exception dans le système de la législation prussienne, car elle n'est qu'une conséquence nécessaire de son principe *fondamental*. On lit dans l'introduction du code prussien, § 14 : « De nouvelles lois ne peuvent pas être appliquées à des actes et à des événements antérieurs. » Ce principe, le législateur le souligne chaque fois que le code prussien est introduit dans des provinces acquises ou reconquises. Ainsi nous lisons dans l'exposé des motifs du 9 novembre 1816, pour le grand-duché de Posnanie (*Recueil des*

exception est *très modérée* et ne laisse pas d'être juste. Pour être conséquent, il devrait également reconnaître que cette expression découle avec une légalité et une nécessité intérieures de l'idée de droit ; sinon elle ne saurait être ni très modérée ni « équitable ». Mais alors Savigny se contredirait d'une manière flagrante ; car, après avoir proclamé l'inadmissibilité des exceptions, il aurait recours lui-même à cet expédient, comme à une conséquence, sinon nécessaire, du moins admissible de l'idée juridique. Et dire que c'est pour sauver le principe de non-rétroactivité que Savigny a recours à un aussi maigre expédient (1) ! En réalité, c'est le principe de Savigny qui l'empêche de recon-

lois, p. 225), § 3 : « Le code général prussien ne sera pas appliqué aux actes et événements accomplis sous le régime de la loi étrangère, etc... » Mais quand nous lisons dans l'exposé des motifs du 9 novembre 1816, pour l'arrondissement de Kulm et de Michelau et pour la ville de Thorn (*Recueil des lois*, p. 217), au § 11 : « Par contre, les causes d'annulation ou de divorce pour les unions contractées avant le 1er janvier 1817 seront jugées d'après les prescriptions du code prussien, *dans la mesure* où elles ne sont pas empruntées à des faits antérieurs que la loi ne considérait pas alors comme des motifs de divorce. » Cette disposition n'est une *exception* que dans l'*enchaînement grammatical de la proposition ;* mais ce n'est pas une exception au sens propre du mot ; c'est au contraire une confirmation de la règle générale. Cependant, il y a aussi des exposés des motifs où cette disposition n'apparaît pas, même au point de vue grammatical, comme une exception. Ainsi l'exposé des motifs du 9 septembre 1814, pour les anciennes provinces prussiennes au delà de l'Elbe (*Recueil des lois*, p. 89), déclare, au § 9, que : « Les causes d'un divorce informé après le 1er janvier 1815 seront jugées d'après les prescriptions du code prussien *et* ne peuvent être fondées sur des faits antérieurs qui n'étaient pas considérés par la loi comme des causes de divorce à l'époque où ils ont été accomplis. »

(1) On ne doit pas confondre ceci avec les cas où Savigny démontre que certaines lois positives sont des exceptions à la règle qu'il établit, car certains législateurs peuvent s'être écartés de la théorie exacte, et alors on a une véritable exception. Ici la contradiction consiste dans le fait que Savigny est obligé d'admettre, dans le passage cité ci-dessus, la légitimité de cette exception.

naître la légitimité de cette exception ; ainsi, dans un autre passage (page 495) il est en contradiction formelle avec ce qu'il dit relativement à la légitimité de l'exception. « Il sera ultérieurement démontré qu'on ne doit se régler, ni sur l'époque où le mariage a été conclu, ni sur celle où a été accompli l'acte qui motivera le divorce, mais uniquement sur celle où a été intentée la plainte en divorce. »

Abstraction faite de ces contradictions, il est de toute évidence qu'un principe d'après lequel un acte individuel non qualifié cause de divorce par la loi le devient à la suite d'une loi ultérieure est *nécessairement* faux : car il consacrerait ici la rétroactivé sous sa forme la plus absolue et la moins admissible.

Pour en finir de cette critique préliminaire et générale de la théorie de Savigny, nous ajouterons encore la remarque suivante : la règle établie par Savigny, à savoir que les lois relatives à l'existence ou à la nature des droits doivent rétroagir, ne dit rien de plus que la vieille formule familière aux juristes français, selon laquelle toutes les dispositions juridiques qui découlent du droit public sont de nature rétroactive. L'identité des deux formules, que l'on ne saisit pas du premier coup d'œil, apparaît clairement quand on considère, que, d'une part, toutes les règles relatives à l'existence ou à la non-existence d'une institution juridique ou à la nature des droits sont des *lois absolues*, ne peuvent être l'objet d'un contrat, et que, d'autre part, toutes les lois qui ne peuvent être l'objet d'un contrat (*qui non ad voluntatem spectant*) sont considérées comme découlant du *jus publicum* (1). Enfin cette identité apparaîtra

(1) Cf. L. XXXVIII, *de pactis* (2,14), L. XX, *de religiosis* (11,7), L. XLV, § 1, *de divers. reg.* (50,17), L. XXVII, § 4, *de pactis* (2,14), L. VII, § 14, *de pactis* (2,14). (ULPIEN : « Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de republica, non liceat, quæ distinctio vera est.) » C'est pourquoi Paulus oppose expressément la « voluntas » au « jus » au sens le plus strict du mot : L. XII, § 1, *de pact. dotal.* (23,4) : « Ex pactis conventis... *alia ad voluntatem pertinent*... alia *ad jus* pertinent,

de la façon la plus claire, si l'on songe que pour établir sa double classification (lois relatives à l'acquisition et à l'existence des droits), Savigny ne met en relief qu'un seul signe distinctif : si une loi est « juris publici » elle se rapporte, selon lui, à l'existence des droits. Il dit, par exemple à la page 520 : « Un moyen de délimitation (entre ces deux catégories de règles juridiques), particulièrement sûr et tout à fait suffisant dans la majorité des cas, consiste à rechercher, si une nouvelle loi appartient à ce groupe de lois de nature rigoureusement positive et cogente, qui ont leurs racines en dehors du domaine du droit pur ; auquel cas nous devrons indubitablement la considérer comme une loi relative à l'existence des droits, dans laquelle le principe de non rétroactivité ne s'applique pas ».

Mais parmi ces lois de nature positive et cogente Savigny fait figurer même celles qui se rattachent à des causes ou à des fins morales, politiques et économiques, ou qui sont fondées sur la nature positive d'un organisme juridique, c'est-à-dire, toutes celles qui règlent le *jus publicum* et que, pour cette raison, Savigny appelle justement *lois absolues* (ouvr. cité, VIII, p. 517 et 1, p. 57 sqq).

Ainsi ce que cette formule, d'après laquelle toutes les lois découlant du droit public sont rétroactives, spécifie pour la *teneur* des lois, Savigny ne l'a spécifié que pour la *forme* ; et conséquemment, dans sa division *formelle* en deux classes, il établit un *signe distinctif* en tenant de nouveau compte de la teneur.

Malgré cette identité, la théorie de Savigny n'en représente pas moins un certain progrès sur l'ancienne formule. Nous dirons plus : Savigny a eu un mérite extrême à traiter cette question, surtout en Allemagne.

Quelques explications s'imposent ici. Car, d'une part,

veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. » L. XXVII *de divers. regul.* (50,17) ; Cf. Savigny, *System*, I, § 16 ; Boecking, *Pandekten des römischen Privatrechts*, I, 312, 2e éd., Bonn, 1853.

affirmer un progrès là où la teneur n'a pas changé, pourrait paraître paradoxal ; d'autre part, nous démontrerons la haute importance de la forme qui, sur ce terrain comme sur d'autres, réagit à son tour sur sa propre matière.

Peut-on décréter des lois de droit privé pour des raisons d'intérêt public ? Ces lois font-elles conséquemment partie du droit public (*ad rempublicam spectat*) ? C'est là une question qui intéresse la teneur de ces lois : on ne peut y répondre qu'en tenant compte de cette teneur. Si donc l'on dit que toutes les lois qui découlent du droit public entrent immédiatement en vigueur, on ne donne un *signe caractéristique que pour la teneur* ; et ce signe permettra ensuite de résoudre, à propos des différentes lois, la question de leur rétroactivité. Ce signe, on peut le trouver, et on le trouve en effet, dans les lois les plus diverses. Car, dans tous les domaines du droit, dans le droit personnel, le droit réel, le droit des obligations, le droit familial, etc., il est toujours possible de prendre des dispositions motivées par l'intérêt public. Mais, c'est précisément pour cette raison que ce signe distinctif du contenu ne nous apprend *rien* sur la teneur particulière des lois dans lesquelles on le trouve. Et ainsi ne nous apparaît pas encore la limite précise de la classe de lois qui portent ce signe distinctif ; il y a plus : cette formule n'établit même pas une *classe* particulière de lois qui aient une teneur spéciale et un caractère général ; elle indique simplement une *source commune* d'où doivent découler des lois des classes les plus diverses. Elle indique *pourquoi* ces lois ont été créées ; mais elle ne dit pas un mot sur l'*objet commun* auquel elles s'appliqueront. Et même, étant donné la grande variété des domaines du droit, il semble que cet objet commun aux différentes lois n'existe pas. Ainsi donc, le signe distinctif de la *teneur* ne donne aucune indication précise sur le *contenu particulier* d'une loi ; et même il met l'existence de celui-ci en question.

Si, par contre, ce signe distinctif d'une certaine teneur législative, si cette formule matérielle est érigée en *catégo-*

rie (1) et que l'on dise : toutes les lois relatives à l'*existence* ou à *la nature* des droits entrent immédiatement en vigueur, il n'y aura rien de changé quant au fond. Les lois qui font partie de cette catégorie sont identiques à celles qui portent ce signe distinctif. Mais l'on voit apparaître *immédiatement, et très nettement, la teneur commune et distinctive* des lois qui entrent immédiatement en vigueur.

C'est en transformant la formule matérielle en une *catégorie logique* que l'on a constitué une *classe* ; et, à présent, l'on peut, non seulement embrasser d'un coup d'œil immédiat toutes les lois faisant partie de cette catégorie, mais l'on aperçoit encore l'*objet commun* auquel ces dispositions s'appliquent et doivent s'appliquer pour pouvoir figurer dans la classe des lois qui entrent immédiatement en vigueur. Il y a plus : l'on pouvait croire antérieurement que, pour autoriser une loi à rétroagir, il fallait tenir compte des *intentions* et des *causes* qui avaient présidé à sa création (l'on se demandait, par exemple, si elle était d'intérêt public). Voici donc en quoi consiste le progrès réalisé par Savigny : désormais ce ne sont plus les *causes* ayant motivé la création d'une loi qui décident si elle est immédiatement applicable ou non, mais l'*objet* même, la *nature du Droit auquel* elle se rapporte (2). Ainsi en divisant strictement les règles juridiques en deux classes nettement opposées, l'une où les nouvelles lois ne peuvent rétroagir, l'autre où elles *doivent* rétroagir, Savigny a le premier indiqué que, d'une part, suivant le domaine juridique, la rétroactivité (3)

(1) Mais ce n'est là qu'un résultat de principe. Car, en justifiant la rétroactivité des lois qui concernent l'existence des droits, il retombe dans le raisonnement qui tient compte de l'*intention* du législateur. V. t. VIII, 515 sqq.

(2) Mais ce n'est, comme nous avons vu précédemment, qu'une *catégorie de l'entendement*. Nous verrons au § 7 la grande différence *pratique* qui existe entre les catégories de l'entendement et les catégories conceptuelles.

(3) Savigny dit en termes propres que ces lois rétroagissent et doivent rétroagir. C'est là une façon de s'exprimer qui est défectueuse, car nous verrons ultérieurement que l'action légitime de

peut aussi bien être la *règle* que la non-rétroactivité; d'autre part, il ramène *en principe* la question de la rétroactivité et de la non-rétroactivité, non plus à l'intention du législateur, mais à la *nature intime des droits* auxquels se rapportent les nouvelles lois.

S'il n'a pas résolu le problème, du moins il l'a magistralement posé. Depuis Savigny, la fin poursuivie par la science, c'est de déterminer *d'après la nature même des droits* les cas où les lois doivent rétroagir ou non. Savigny a définitivement démontré que le principe de non-rétroactivité ou de rétroactivité avec toutes leurs conséquences appartient au domaine du droit naturel. L'on se fera une idée plus exacte de son mérite si l'on considère quelle était la confusion des idées de ses prédécesseurs allemands sur cette question : Bergmann, entre autres, avait eu, dans son positivisme creux et inconsistant, la malheureuse idée d'opposer radicalement la nature de ce sujet à la théorie qu'en donnent le droit romain, le droit français, etc. (1).

Indépendamment des services rendus par Savigny au point de vue théorique, il en a rendu en Allemagne un très grand au point de vue pratique : en effet, sa double classification a permis de résoudre bon nombre de cas particuliers. Il faut avouer que sur cette question l'Allemagne était aux prises avec de plus grosses difficultés que la France.

toute loi nouvelle constitue une rétroactivité apparente, mais non réelle; bien plus, selon la vraie théorie (d'après laquelle il n'y a jamais rétroactivité sans exception), nous avons ici un signe caractéristique très net pour la distinction des cas.

(1) Bergmann alla même plus loin (v. p. 110 et 92). Il considère comme règle du droit romain le principe d'après lequel les lois qui modifient la capacité de tester ou de succéder testamentairement, ou la portion légitimaire, ne peuvent pas atteindre des testaments préexistants, et même des lois qui modifient la succession *ab intestat* au cas où elles le font à la suite d'un changement de l'état civil ne sont pas applicables aux personnes encore vivantes, parce que leur condition personnelle a commencé et a été réglée à une époque antérieure.

En voici une preuve. Bergmann en est encore à considérer les principes depuis longtemps en vigueur en France, de l'action immédiate des lois sur la condition des personnes et sur les droits patrimoniaux qui ne sont qu'un accessoire de la situation purement personnelle (par exemple l'usufruit chez les parents), sur les droits personnels du père sur les enfants, sur le droit patrimonial, sur les simples expectances et les dispositions révocables pour cause de décès, comme autant de *particularités* du droit français qu'il oppose sur ce point au droit romain et au droit prussien (1): or, depuis Savigny, tous ces prétendus principes français ont pénétré dans le droit allemand et y jouissent d'une autorité incontestée.

Il va de soi, pour revenir sur ce point, que cette règle suivant laquelle les dispositions (2) qui découlent du *jus*

(1) Comme nos écrivains ont depuis assez longtemps pris l'habitude de parler de la nature *romane* des Français qu'ils considèrent comme une masse sans individualité et qui se distinguent des Allemands en ce qu'ils se laissent pétrir et modifier par l'Etat comme une pâte médiocre, ils auraient trouvé, avant Savigny, dans la théorie française sur la condition des personnes, une précieuse occasion de démontrer l'exactitude de leurs reproches et d'admirer la résistance noueuse de l'individu allemand, qui sait tenir les progrès de sa législation, ou du moins aspire à les tenir à distance de sa situation personnelle, de ses droits personnels et même de ses attentes. Et s'ils ont manqué cette précieuse occasion, la faute en est à leur ignorance aussi heureuse que complète de toute science positive. Mais à présent les choses ont changé. Car depuis Savigny, — à qui l'on ne reprochera pas, je pense, des sympathies pour la France — la science nous a heureusement amenés au même degré d'abaissement que cette pâte médiocre, pétrie dans tous les sens par les fluctuations de sa législation.

(2) Du reste le plus ancien passage qui confirme cette affirmation de la rétroactivité des lois issues du droit public est un passage bien connu de Cicéron (*Oratoriæ partitiones*, c. 37) sur les rapports entre le *jus civile* et le *jus gentium* (nous ne nous souvenons pas que ce rapprochement ait été encore fait). Le *jus gentium* constituait à Rome un système juridique d'une portée nettement définie. Mais ce *jus gentium* ne pouvait pas autoriser ce que défendait le *jus civile*. Ainsi un mariage contracté en violation des prescriptions du *jus*

publicum sont rétroactives, n'est pas plus juste dans son ancienne formule que dans celle de Savigny. On y peut faire toutes les objections que l'on a faites à Savigny lui-même. Ainsi, le divorce, par exemple, et les causes du divorce sont *juris publici*. Mais ce n'est pas une raison pour qu'une action individuelle passée soit transformée par une loi ultérieure en une cause de divorce. Et même cette ancienne formule prête, encore plus que celle de Savigny, le flanc à la critique. Ainsi cette affirmation d'après laquelle toutes les lois *juris publici* sont rétroactives est déjà erronée pour la simple raison que, le droit pénal étant sans conteste *juris publici*, personne n'aura jamais l'idée de réclamer la rétroactivité de nouvelles lois pénales. L'on pourrait nous répondre que ce principe s'applique uniquement au droit privé et non au droit pénal. Mais, puisque la rétroactivité est également inadmissible dans le droit pénal, il est clair que le principe supérieur qui doit régir la théorie de la rétroactivité, l'*idée juridique suprême* devra pouvoir s'affirmer également dans le droit privé et dans le droit pénal; que, dans les deux domaines, une même idée maîtresse doit être également appliquée.

Mais, si comme chez Savigny (1), cette idée n'est pas ap-

civile n'était pas valable à Rome d'après le *jus gentium* (cf. § 12, I. *de nuptiis*, 1, 10), tandis qu'il aurait été valable chez d'autres peuples (voir à ce sujet SAVIGNY, *Ueber die Quellen des Rechts*, I, § 22, p. 112). Dans l'ouvrage indiqué, Cicéron dit expressément à son fils : « Atque etiam hoc imprimis, et *nostros* mores legesque tuemur, quodammodo naturali jure præscriptum est. »

D'habitude on établit une analogie entre la collision *locale* et la collision temporelle des lois : de même on pourrait déduire de ce qui vient d'être dit qu'il y a entre la loi du passé et celle du présent le même rapport qu'entre le *jus civile* et le *jus gentium* et que, pour cette raison, une nouvelle loi découlant du droit public, en vertu de son caractère prohibitif excluant les écarts de l'arbitraire privé, doit immédiatement enlever sa validité au droit antérieur.

(1) L'on voit pourquoi Savigny limite l'application de son principe au droit privé et pourquoi il a été obligé d'en exclure expressément le droit pénal et le droit public : car s'il avait été appliqué dans ces

pliquée au droit pénal, il n'en est pas moins vrai que l'idée juridique de rétroactivité qui domine le droit privé doit être capable de jouer dans le droit pénal le rôle d'un principe dont découlent toutes les autres dispositions. Cette formule est encore contradictoire à un autre point de vue : elle affirme que la rétroactivité est admissible dans le droit privé, quand il s'agit d'une loi découlant du droit public, pour la raison que le droit public est de nature rétroactive ; tandis qu'elle ne veut pas appliquer ce principe *dans le droit public lui-même* — par exemple dans le droit pénal (et dans d'autres domaines du droit public, tels que ceux des droits civiques, de la nationalité, etc.). Enfin, dans les tout derniers temps, un juriste très compétent en matière de droit prussien, le docteur Bornemann, président du tribunal royal suprême, a soumis la question qui nous occupe à un nouvel examen (1).

Le principal mérite de ce travail est d'avoir démontré la caducité du principe établi par Savigny (cf. p. 8 sqq) (2).

deux derniers domaines, son principe aurait engendré la rétroactivité la plus démesurée. Car la question de savoir quels actes sont permis et quels actes ne le sont pas, est relative à l'*existence des droits*, et d'après ce principe, de nouvelles lois pénales devraient rétroagir.

(1) *Erörterungen im Gebiete des Preussischen Rechts*, par le Dr W. Bornemann, Berlin, 1855, 1re livraison, p. 1-64.

(2) Le premier juriste autorisé qui se soit élevé, quoique en termes fort généraux, contre Savigny est Bœcking. Voici comment celui-ci s'exprime à ce propos (*Pandekten des römischen Privatrechts*, etc... Bonn 1853, I, 317, note 6) : « Nous ne pouvons ni approuver, ni combattre ici en détail la théorie des « limites temporaires de l'action exercée par les règles juridiques sur des situations juridiques ». Peu de temps auparavant, von Scheuerl avait avoué, dans une courte dissertation (Cf. *Beiträge zum römischen Recht*, Erlangen, 1853, p. 137-48, note 6), que, malgré sa grande admiration pour la théorie de Savigny, il ne pouvait pas s'approprier simplement ses résultats, mais que celle-ci l'incitait à reprendre l'examen de la question de plus près encore ». C'est pourquoi il tente, avec un certain tact juridique, d'établir une distinction entre les « actions et événements arrivés auparavant » (expression du Code prussien, *Introd.*, § 14) et

En outre Bornemann a donné sur certains points délicats d'heureuses solutions ; il est vrai qu'on peut leur opposer autant de solutions erronées. Mais si l'on considère les arguments qu'il fait valoir contre Savigny, ainsi que les points de vue qu'il substitue à ceux de ce dernier, l'on constatera qu'ils ne leur sont pas supérieurs et ne constituent pas un progrès sur la théorie de Savigny. Bornemann prétend substituer à la division en deux classes des règles juridiques un principe qui n'est ni très nouveau, ni très profond : selon lui, c'est uniquement l'*intention* du législateur qui doit entrer en ligne de compte. Même à propos des lois relatives à l'existence d'institutions juridiques (par exemple les fiefs, les fidéicommis, les baux et les redevances emphytéotiques), l'on peut toujours supposer que le législateur a voulu empêcher la création de nouveaux rapports juridiques de cette sorte, mais laisser néanmoins subsister ceux qui existent, jusqu'à leur extinction ou jusqu'à leur abolition par un accord survenu entre les parties intéressées. « En conséquence, poursuit Bornemann, c'est l'*intention* explicitement exprimée du législateur ou déduite des circonstances, qui décide de la rétroactivité des lois relatives à l'existence ou à la non-existence des institutions juridiques. Mais alors on ne voit plus, au point de vue de la rétroactivité, de différence essentielle entre cette catégorie

les « facta præterita » tentative qui, du reste, n'a pas réussi. Car quand il définit les « facta præterita » des « faits juridiques accomplis » ou des rapports effectifs qui, en vertu d'une certaine règle juridique, ont acquis un *certain caractère légal fixe*, cette définition aurait besoin d'être définie elle-même. Quel est, par opposition aux *actions et événements ayant eu lieu auparavant*, le critérium des faits *pleinement accomplis* ? Quel est le critérium de ces rapports de faits, qui, en vertu d'une certaine règle juridique, obtiennent une forme juridique fixe ? Comme on le voit, nous sommes ici en présence d'une pétition de principe. Après cette tentative malheureuse, von Scheuerl revient à la discussion de l'action des lois nouvelles sur les délais de prescription et il aboutit au même résultat pratique que Savigny avec lequel il discute.

de règles juridiques et celles qui sont relatives à l'acquisition des droits. »

Nous ne voulons pas rechercher si le législateur est réellement autorisé, comme le prétend Bornemann, à faire rétroagir à son gré même les lois relatives à l'acquisition des droits. Quoi qu'il en soit, dé ce que le législateur peut, le cas échéant, altérer la nature des choses juridiques, il ne s'ensuit pas, d'une manière générale, qu'il n'y ait pas objectivement une telle *nature* des choses de droit. Etablir dans un examen scientifique — et, bien que Bornemann étudie en détail le droit prussien, il déclare se proposer cette étude scientifique, p. 13 — que la rétroactivité est fondée, non pas sur la nature de l'objet, déterminée scientifiquement, mais uniquement sur l'intention du législateur, c'est renoncer à tout point de vue scientifique, c'est douter de la science.

Il semblerait tout au moins que cette solution, substituant l'intention du législateur à la nature juridique de la cause, dût épargner à son auteur des recherches pénibles et lui fournir un terrain positif au point de vue pratique. Ce n'est là qu'une illusion qui se dissipera bien vite, car :

1° Dans toutes les *Constitutions* dont nous avons précédemment parlé, et dans celles que nous aurons à examiner ultérieurement, il n'est pas permis au législateur de faire rétroagir une loi. Ici donc le juge ne pourrait se contenter de connaître l'intention du législateur ; il lui faudrait, au contraire, examiner, d'après la nature juridique de la cause, dans quelle mesure l'application immédiate d'une loi à des situations juridiques antérieures constituerait une rétroactivité inadmissible. Et même dans un pareil cas, il aurait le devoir d'imposer une semblable limitation à des prescriptions expresses du législateur.

2° La science ne doit pas seulement discuter cette question *ex lege lata*, mais aussi *de lege ferenda*. Le véritable législateur n'a pas seulement le devoir de se régler sur la nature juridique des choses. Il le *voudra* également tout au moins dans la majorité des cas, partout où n'intervien-

dront pas des considérations spéciales et déterminantes. Donc, si le législateur va demander à la science ce qu'exige la nature juridique des choses, afin de régler sa volonté d'après cette norme objective, et qu'il apprenne alors que son intention est le résumé de toute science, certes il sera très édifié sur ses propres mérites, mais il n'en sera pas plus instruit qu'auparavant. A notre époque surtout, où la législation est descendue de ses hauteurs abstraites dans les sphères bourgeoises qui ont coutume de tenir compte, en une certaine mesure, des résultats de la science, cet examen scientifique sera d'un grand effet, aussi bien au point de vue législatif qu'au point de vue juridique ; c'est pourquoi il ne pourra plus se contenter de la simple indication de la prescription positive, indication qui, du reste, exclut tout examen scientifique.

3° Enfin, même si cet examen n'a lieu, comme dans nos tribunaux, que *ex lege lata*, la recherche de l'intention du législateur n'est, dans la majorité des cas, d'aucun profit. Car la plus grande partie des lois en vigueur ne contiennent aucune indication, soit implicite, soit explicite, sur leur application transitoire : et il en sera de même pour la majorité des lois futures. Mais partout où l'intention du législateur n'est pas exprimée directement par lui-même, où l'on est obligé de recourir à l'interprétation, l'on devra supposer que le législateur a conformé ses prescriptions à la nature juridique des choses, qu'il a mis sa propre volonté en harmonie avec les exigences de celle-ci. Et alors, au lieu d'avoir pour norme l'intention du législateur qui pourrait suppléer à la connaissance de la nature des choses, l'on devra avoir recours à cette connaissance et la préciser au préalable, si l'on veut apprendre quelle a été cette intention. On sera toujours ramené, dans la majorité des cas, de la question de l'intention du législateur à celle de la nature juridique des choses.

Moins soutenables encore sont les objections élevées par Bornemann contre les règles de droit relatives à la nature d'une institution juridique. Bornemann prétend établir une

distinction (cf. p. 9, sqq.) entre les situations juridiques de durée illimitée ou tout au moins très grande et celles qui sont simplement transitoires.

En règle générale, les lois qui modifient des institutions juridiques de durée illimitée ou tout au moins de très longue durée peuvent rétroagir. Au contraire, les droits de durée transitoire sont des droits acquis et ne sauraient être atteints par les nouvelles lois. Mais ici se produit un fait très curieux : comme il vient d'être dit, les lois qui règlent des situations juridiques de durée illimitée ou de durée très longue entrent immédiatement en vigueur, à la condition toutefois que les modifications apportées par ces lois ne soient pas très profondes. Si, par contre, « ces modifications sont trop profondes, au point non seulement de supprimer, limiter, transformer quelques parties de détail de l'institution juridique, mais encore de modifier celle-ci dans son essence, « alors l'application de la nouvelle loi à la situation de droit existante n'a pas lieu, du moins d'une façon absolue. En d'autres termes, des lois qui suppriment ou modifient quelques droits seulement doivent être appliquées immédiatement à la totalité des droits, à l'institution dans son ensemble : celles, au contraire, qui atteignent plusieurs de ces droits ou l'institution juridique elle-même, ne doivent pas l'être (1). Mais l'on ne conçoit absolument pas pour quelle raison le législateur par sa prescription ou le juge par son interprétation me priverait d'un ou de deux droits découlant d'une même institution juridique plutôt que de quatre ou de cinq, ni pour quelle raison, si cette dernière chose n'est pas possible, la première le serait. Voilà qui se comprend d'autant moins que, justement quand il s'agit de supprimer ou de transformer radicalement une institution juridique, l'*exclusion*, que le législateur oppose à un système de droits existants, est *totale* et devrait auto-

(1) C'est donc le contraire de ce qui a lieu dans la théorie de Savigny, d'après laquelle ce sont surtout les lois qui suppriment une institution juridique tout entière qui doivent rétroagir.

riser beaucoup plus le juge à ne pas tenir compte des droits antérieurs.

Il est de toute évidence que cette théorie est absolument insoutenable. Elle est faite de distinctions qui ne résistent pas à l'examen : ainsi, cette distinction fondamentale en situations juridiques de durée illimitée ou de durée très longue et en situations de courte durée est complètement dénuée de valeur. — La possibilité de cette distinction n'avait pas échappé à Savigny qui, du reste, avait émis sur ce point une opinion fort judicieuse (cf. p. 379). « Beaucoup de droits, dit-il, sont caractérisés par leur durée infinie : tels sont l'esclavage transmis par la naissance, la propriété transmise par le droit d'hériter : seules des circonstances fortuites pourraient abolir totalement ces droits. D'autres droits, au contraire, sont de durée limitée : il en est de même pour la plupart des obligations, pour l'usufruit, pour les rapports de famille. *D'un côté comme de l'autre, la question de collision doit être résolue de la même manière.* »

Néanmoins, il existe entre les droits de durée illimitée et ceux de durée transitoire une différence très nette, mais qui n'exerce aucune influence sur la question qui nous occupe. Quant à tracer une limite quelconque entre les droits de longue durée et ceux de courte durée, c'est une chose totalement impossible. Nous sommes ici en présence d'une différence purement quantitative, essentiellement fluctuante. Du moins Bornemann n'indique pas ce qu'il entend par une courte ou une longue durée et nous doutons que personne puisse établir la délimitation.

Se rendant bien compte que cette distinction ne lui est d'aucun profit, Bornemann lui donne une autre forme, quand il s'occupe des droits de durée illimitée ou de durée très longue. Il prétend que des droits comme les fiefs, les servitudes, etc... en qualité de droits de cette durée, peuvent être considérés « tout au moins d'après la règle », non pas comme des droits acquis, mais comme de simples expectatives.

Il en résulte que de nouvelles lois peuvent rétroagir sur

ces droits, pour la simple raison que seuls les droits *acquis* échappent aux lois nouvelles (cf. p. 10). Déclarer que le droit de dîme, les droits féodaux et domaniaux ne sont chez ceux qui les possèdent légalement que de simples expectatives, voilà ce que ne pourront pas admettre les juristes : car une pareille affirmation est la négation des principes élémentaires du droit. Ces droits sont tout aussi réels que n'importe quel autre droit : il ne saurait donc être question « d'expectative » de la part de ceux qui en jouissent (1).

Il n'est pas surprenant que si Bornemann use de semblables raisonnements, il n'ait pas grande confiance dans les principes qu'il établit, et qu'il cherche continuellement à en affaiblir la portée par des expressions telles que « tout au moins en règle générale », « en tous cas dans mainte situation juridique », etc... mais il n'arrive qu'à leur enlever leur caractère précis de principes et à nous rejeter dans le chaos d'exceptions qui existait avant Savigny.

Certes, quoique de pareilles défaillances de la part de juristes aussi éminents nous imposent une grande circonspection ; quoique Savigny reconnaisse lui-même l'impossibilité de résoudre pour l'instant cette question (cf. t. VIII, préface vi), déclarant qu' « il se croira très honoré si ultérieurement on veut bien se souvenir de sa tentative isolée, des premiers pas qu'il aura faits dans cette voie » ; quoique les plus grosses difficultés menacent notre entreprise, qui, comme toute entreprise philosophique, prétend aboutir à

(1) Un semblable droit n'est non seulement *pas une attente*, mais il en est le *contraire logique*. Un héritier ne possède pas encore un droit actuel ; il ne l'acquiert qu'à la suite d'un événement (mort du testateur). C'est pourquoi *il attend*. Mais celui qui a droit à la dîme d'une charge foncière est dans une situation inverse. Il est *actuellement en possession* du droit qu'il ne perdra qu'à la suite d'une certaine circonstance (changement dans la législation). Aussi il *n'attend* en aucune façon, mais si notre langue possédait une expression diamétralement opposée à celle-ci, c'est elle que nous devrions employer ici.

une solution absolue : nous pensons que ce sont là autant de raisons impérieuses pour soumettre la question à un nouvel examen, et pour nous efforcer de parvenir, par la simple activité dialectique du concept spéculatif, au but que n'ont pu atteindre les juristes les plus éminents.

Nous nous sommes en outre laissé déterminer par de nombreuses considérations d'ordre pratique, qui vont mettre en relief l'opportunité de notre entreprise.

Nous avons déjà constaté précédemment, qu'à partir de l'époque où la législation est descendue des hauteurs transcendantes dans les sphères bourgeoises, l'action de la science sur la législation s'est accrue. En outre, les modifications subies par la législation dans ces dernières années ont été relativement plus nombreuses que par le passé : mais, comparées à celles qui se produiront dans un avenir peu éloigné, ces modifications sont elles-mêmes de peu d'importance. D'autre part, le principe de non-rétroactivité, quoiqu'il paraisse à première vue n'être qu'une simple prescription, toujours applicable, du droit privé, a néanmoins sa propre histoire, qui porte, à toutes les époques, l'empreinte profonde des événements politiques contemporains. Quiconque a abordé, même sans l'approfondir, l'étude de notre question, comment et pourquoi toutes les époques de développement historique intense — époques ordinairement appelées révolutionnaires — doivent aspirer à donner la plus large extension possible au principe de l'application immédiate des nouvelles lois, tandis que toutes les époques de réaction — ainsi que tous les partis de tendance réactionnaire aux époques de développement historique intense — s'efforcent de pousser le principe de non-rétroactivité jusqu'à ses limites extrêmes, les moins admissibles : à la condition toutefois qu'il ne s'agisse pas pour ces partis de recouvrer des droits dont les a privés la précédente législation ! Dans ce cas, les défenseurs les plus zélés du principe de non-rétroactivité sont, malgré leurs formules, les premiers à le fouler aux pieds.

Sur ce point la France nous fournira des exemples très

précieux : du reste, il nous paraît indispensable d'illustrer et de rendre sensibles nos développements abstraits au moyen de quelques exemples historiques.

Par la loi du 14 novembre 1792, la Convention nationale avait interdit pour l'avenir toute substitution fidéicommissaire et transformé tous les fidéicommis existant alors en propriétés libres. En outre, par la loi du 7 mars 1793, elle avait interdit toutes les dispositions testamentaires ainsi que les pactes successoraux irrévocables. Par la loi du 5 brumaire an II et surtout par celle du 17 nivôse de la même année (6 janvier 1794), la Convention alla plus loin et décida entre autres choses (1) que toutes les substitutions fidéicommissaires et les pactes successoraux (2), qui avaient été faits depuis le 14 juillet 1789, étaient nuls et non avenus ; en outre, en dépit des lois, des donations, des testaments et dispositions de toute nature et quoique le partage fût un fait accompli, tous les biens acquis depuis au moyen de semblables substitutions ou provenant de successions ouvertes postérieurement à cette date, devaient être de nouveau répartis entre les héritiers naturels du défunt, d'après le principe de l'égalité. — Nous aurons dans la suite à soumettre cette loi à une rigoureuse analyse scientifique, afin de déterminer dans quelle mesure elle implique une rétroaction.

Quoi qu'il en soit, à l'époque thermidorienne, partant de ce principe que cette loi avait été de nature rétroactive, on s'empressa de supprimer de nouveau, par les lois du 9 fructidor, an III, et du 3 vendémiaire, an IV (25 septembre 1795), les dispositions rétroactives des lois du 5 brumaire et du 17 nivôse, an II (3) — tout en maintenant leurs principes relatifs au droit d'héritage.

(1) Cf. art. 13 de la loi de brumaire. Art. 2 de la loi du 17 nivôse et la réponse à la 52e question dans le décret rendu le 22 ventôse an II, à la suite du rapport du comité de législation.

(2) De même que les substitutions, contrats de succession et testaments faits avant le 14 juillet 1789, si leurs auteurs étaient encore en vie à cette date.

(3) De même les décrets de la Convention du 22 ventôse, II, du 9 fructidor, II, etc.

Mais l'on ne se contenta pas de décréter pour l'avenir cette abolition. Non seulement tous les pactes successoraux conclus depuis le 14 juillet 1789 et antérieurement à la loi du 7 mars 1793 qui les interdisait, et qui devaient désormais entrer en vigueur par la mort du légataire ; non seulement tous les fidéicommis créés depuis le 14 juillet 1789 et établis avant la publication des lois du 14 novembre 1792, qui déjà les transformaient en propriété libre, *mais dont la liquidation durait encore,* devaient être maintenus : mais on donna encore à l'abolition même de ces lois accusées de rétroactivité un caractère non moins indubitablement rétroactif. Il fut prescrit que les personnes qui, en vertu des lois du 5 brumaire et du 17 nivôse an II, avaient acquis légalement un héritage, devraient le restituer, que les jugements prononcés devaient être annulés, que les partages complètement terminés resteraient sans effet et que les héritages déjà répartis deux fois le seraient de nouveau. Bien plus ; dans les lois du 5 brumaire (1) et du 17 nivôse (2), an II, la Convention nationale, respectant la *bona fides* des possesseurs, avait déclaré que, non seulement ces derniers ne seraient redevables d'aucun dédommagement pour avoir profité des biens, mais encore que les héritiers naturels devaient accepter les biens restitués dans l'état où ils se trouvaient. La réaction thermidorienne alla plus loin : elle autorisa les personnes remises en possession de leurs biens d'actionner pour abatis de bois futaie celles que la loi abolie avait rendues propriétaires et qui pouvaient arguer de leur bonne foi (art. 3 de la loi de vendémiaire, an IV) (3).

(1) Art. 16. Dans les partages et rapports qui seront faits en exécution des articles précédents, il ne sera fait aucune restitution ni rapport des fruits et intérêts qui, avant la promulgation du présent décret, auront été perçus en vertu des lois, coutumes et dispositions auxquelles il a été ci-dessus dérogé.

(2) Art. 46, correspondant à l'art. 16 : en outre, art. 47 : Les héritiers naturels rappelés par le présent décret seront *tenus de recevoir les biens en l'état où ils se trouvent actuellement*, etc...

(3) Il ne faudrait pas croire que des dispositions rétroactives de

Par la loi du 4 et du 6 juin 1793, la Convention nationale avait également décrété en principe le droit des en-

la loi du 17 nivôse aient été imposées à la Convention par le parti de la terreur, renversé le 9 thermidor, et aient été naturellement supprimées après la chute de Robespierre. Au contraire, bien longtemps après thermidor, la Convention était encore pénétrée de la justesse des principes consacrés par la loi de nivôse; ce n'est que peu à peu, à mesure que le mouvement réactionnaire s'accentuait, que l'on arrive à voir en eux une rétroaction inadmissible. Comme ceci se rattache à une affirmation que nous avons faite plus haut, relativement à l'influence, très souvent imperceptible aux individus, des opinions et des courants politiques sur l'idée que l'on se fait de la rétroactivité, et comme nos ouvrages historiques les plus développés, aussi bien en France qu'en Allemagne, négligent encore l'étude détaillée de l'action de la Révolution française sur la situation des individus au point de vue du droit privé, ces ouvrages ne mentionnant même pas des faits aussi capitaux que les répartitions d'héritages faites à trois reprises successives à la suite des lois citées plus haut, du 17 nivôse an II et du 3 vendémiaire an IV, les lois qui inspirèrent ou retirèrent la propriété aux enfants naturels, etc., nous tenons à constater ici ces faits à cause de leur grand intérêt historique.

Donc, tandis que Robespierre et son parti tombaient le 9 thermidor an II, la Convention publia, un mois plus tard, le 9 fructidor an II (26 août 1794), sur le rapport de son comité de législation, un décret qui devait répondre à différentes pétitions reçues à l'occasion de la loi de nivôse : dans ce décret, la Convention maintient intégralement et rigoureusement toutes les dispositions et tous les principes de la loi de nivôse. Bien plus : le même jour elle publia un décret (décret additionnel à celui du 17-21 nivôse sur les successions) dans lequel elle *élargit* encore la loi de nivôse et stipule que, toutes les successions des personnes disparues dix ans avant le 14 juillet 1789 devaient être partagées d'après les principes de cette loi. Remarquons en passant que c'est Berlier qui proposa cette loi à la Convention (Cf. *le Moniteur* du 11 fructidor an II). Même en brumaire an III (octobre-novembre 1794) la Convention ne songeait pas encore à rapporter cette disposition rétroactive. Mieux encore : le 11 nivôse an III, c'est-à-dire le 31 décembre 1794, assaillie par des pétitions et des propositions réclamant la suppression de ces dispositions, la Convention passa non seulement à l'ordre du jour, mais décréta même que ce passage à l'ordre du jour serait inscrit au *Bulletin de correspondance*. Elle voulait indiquer de la sorte sa ferme intention de maintenir cette loi. Ces derniers faits nous sont

fants naturels à la succession de leurs parents ; la loi du 12 brumaire, an II (2 nov. 1793), était venue ensuite spéci-

fournis par Merlin : dans un plaidoyer qu'il fit beaucoup plus tard comme procureur général à la Cour de cassation de Paris, le 21 vendémiaire an X (13 oct. 1801), dans le procès Dubarry contre Lognon, c'est-à-dire à une époque où les passions s'étaient calmées, il révéla ces faits, sans se souvenir peut-être lui-même que cet aveu démentait ses propres affirmations faites à la séance de la Convention du 5 floréal an III. Il disait textuellement dans ce plaidoyer (imprimé dans ses *Questions de droit*, Paris 1828, III, 581) : « Mais « premièrement, il n'existait en brumaire an III aucun indice que « l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse an II dût être rapporté ; et « alors la Convention nationale elle-même y était *si peu disposée* que « deux mois après, le 11 nivôse an III, non seulement elle a passé « à l'ordre du jour sur la proposition qui lui était faite de rapporter « ces dispositions extraordinaires, mais elle a encore ordonné que « le décret par lequel elle avait écarté cette proposition fût inséré « au *Bulletin de correspondance, afin sans doute de manifester, avec « d'autant plus d'éclat, l'intention où elle était de maintenir la loi dans « son intégrité.* »

Ce n'est qu'à la séance du 5 floréal an III (24 avril 1795) que la suspension de toutes les procédures pendantes en vertu de la loi de nivôse fut décrétée par la Convention. Quand donc Merlin affirme dans cette séance (Cf. *le Moniteur* du 9 floréal an III) que l'art. 14 de la déclaration des droits de l'homme de 1793 (voir plus haut, p. 23, remarque 1) devait à l'origine exclure la rétroactivité des nouvelles lois dans le droit civil, il peut avoir complètement raison sur ce point, car les dispositions de la loi de nivôse, dont il s'agit ici, n'impliquaient dans l'*idée de la Convention* aucune rétroactivité véritable. Mais quand, dans ce même plaidoyer, Merlin vient prétendre que la loi de nivôse a été imposée à la Convention uniquement par les Coulhon, les Héraut-Séchelles, les Fabre d'Eglantine, etc... quand il affirme qu'aucun de ses collègues ne voulut se prêter à la rédaction de cette loi, que Berlier n'y put être amené que par la ruse après avoir rejeté vingt fois les pièces sur le bureau « en disant qu'il ne voulait pas être le rédacteur d'une loi aussi infâme », il est en contradiction flagrante avec un jugement qu'il porta lui-même plus tard, longtemps après thermidor, sur le rôle de la Convention dans la création de cette loi ; enfin, ce qu'il dit à propos de Berlier est également faux : d'abord, comme nous venons de le voir, celui-ci fit, un mois après la chute des terroristes, la proposition de loi du 9 fructidor an II, qui consacrait à nouveau, en les

fier (art. 1) que tous les enfants illégitimes vivants devaient hériter de leurs parents si la succession avait été ouverte depuis le 14 juillet 1789. Mais par la loi du 15 thermidor an IV (5 août 1796), la réaction thermidorienne décida que cette loi ne rétroagirait plus jusqu'au 14 juillet 1789 ; elle prescrivit en outre que les biens acquis en vertu de cette loi par les enfants naturels dans l'intervalle du 14 juillet 1789 au 4 juin 1793, seraient restitués par eux (d'après les formes de la loi du 3 vendémaire, an IV). La législation napoléonienne porte l'empreinte de cette période épuisée et relativement réactionnaire, en ce sens, qu'elle donne au principe de non-rétroactivité l'extension la plus exorbitante (1). Ainsi le Code Napoléon ordonne entre autres

élargissant encore, les principes de la loi de nivôse : ensuite, dans le compte-rendu présenté antérieurement par Berlier à la Convention, à propos du décret du 22 ventôse, il avait nié formellement que la loi de nivôse impliquât une rétroactivité (Cf. rapport de Berlier, *Moniteur* du 25 ventôse an II).

(1) Ce fait est suffisamment prouvé par les textes que nous citons plus haut et par les explications dont ils ont été l'objet de la part des orateurs du gouvernement. Du reste, ce que nous avançons s'applique moins au Code lui-même, qu'aux lois de transition et aux autres décrets du gouvernement impérial. Ainsi l'art. 2 de la loi sur les enfants naturels, du 14 floréal an XI, par exemple, ne répond pas à l'esprit de la législation française. C'est encore moins le cas pour l'avis du Conseil d'Etat du 20 septembre 1809, qui prescrit que les dispositions de l'art. 28, C. c., relatives aux condamnations à mort par contumace ne doivent être appliquées qu'ultérieurement. De même la loi sur les ventes du 2 septembre 1807 (art. 5), déclarant que le maximum ne peut être appliqué aux contrats déjà existants, est en complète contradiction avec une loi prussienne que nous aurons à citer dans la suite, ainsi qu'avec un décret de la Convention du 9-12 mars 1793 qui ordonne la mise en liberté des personnes emprisonnées pour dettes. De même l'art. 1041 du Code de procédure, spécifiant que des nouvelles formes de procédure ne doivent pas être employées dans des procès en cours, est également, malgré les restrictions qu'y apporte l'Avis du Conseil d'Etat du 6 janvier et du 16 février 1807, contraire à l'esprit de la jurisprudence française. Celui-ci est violé d'une façon flagrante par l'art. 155 du décret d'organisation pour les départements hanséatiques (4 juillet 1811)

choses (art. 2281, C. c.) que toute prescription déjà commencée ne doit pas être jugée d'après les délais établis par la loi nouvelle, mais d'après ceux de l'ancienne ; cette loi a été condamnée à l'unanimité par tous les juristes (1).

En outre, la loi de transition du 26 germinal, an XI, qui introduisit la loi du divorce dans le Code Napoléon, spécifie que cette loi ne sera d'aucun effet sur les plaintes en divorce déjà déposées, mais que ces divorces seront jugés selon les anciens principes et les anciennes formes. Et le conseiller d'Etat Réal justifia cette mesure devant le Corps législatif

qui spécifie que les substitutions abolies par ce décret doivent rester en vigueur pour les ayant-droit les plus proches qui vivent encore, etc...

L'on pourrait croire que cette exception est dictée par l'équité, mais l'on verra plus loin que cette prétendue équité, qui par surcroît, va à l'encontre de la doctrine française, est au contraire la négation de l'équité et du droit. Du reste la législation impériale n'a exercé par ce décret et par d'autres analogues aucune influence durable et radicale sur la doctrine française.

(1) Cf. Bornemann, ouvr. cit., p. 39. Savigny, ouvr. cit., p. 434. Simon et Strampff, *Revue*, II, 28 sq. Bergmann, *das Verbot der Rückwirkenden Kraft* (Hanovre, 1818) p. 34 et 247 sq. Les écrivains français eux-mêmes ne nient pas la fausseté théorique de ce principe, qui est déjà en contradiction avec l'ancienne jurisprudence française, qui s'était formée, en s'appuyant sur les ordonnances royales de 1510 et de 1673, et ils s'efforcent de limiter cette disposition du Code civil aux délais de prescription établis dans le Code civil en affirmant que cette disposition n'est pas applicable aux délais établis par le Code de procédure. Cf. Merlin, *Répert.*, V° Effet rétroactif, Sect. 3, § 3 et 11, et Troplong, *De la prescription*, p. 522. La Cour de cassation de Paris, par un jugement du 30 novembre 1813, a également admis que cette disposition n'est pas applicable aux prescriptions établies par des lois spéciales. Aussi, il est d'autant plus surprenant qu'un arrêt de la Cour royale suprême de Prusse (Præjud. 2210) ait pu affirmer tout à fait à tort, en se rapportant à l'art. 2281, C. c., que le §17 de l'introduction au Code général prussien (5 février 1794) qui est en complète conformité avec la théorie exacte, ne contient qu'une disposition positive transitoire qui doit être limitée au passage de l'ancienne situation juridique à celle du Code général, et qui aurait pu être très aisément tout à fait différente de ce qu'elle est !

(voir son exposé des motifs) non pas par des raisons d'équité, mais par la raison qu'elle était une conséquence nécessaire de l'art. 2 du Code civil, relatif à la non-rétroactivité (1). M. Réal appela expressément le droit au divorce un « droit acquis » (2).

(1) C'est pourquoi M. Réal va jusqu'à prétendre que toute la loi transitoire de Germinal est en réalité superflue. Elle se déduit tout naturellement de l'art. 2 du Code civil : « Et peut-être que cette solennelle profession de foi, peut-être que cette règle de conduite placée en tête du Code dont la loi sur le divorce fait partie, pouvait amener à regarder comme inutile la loi transitoire dont le projet vous est soumis ! Mais le gouvernement a été instruit que des *doutes* (!!) s'élevaient » etc...

(2) « Dans sa disposition générale, le projet de loi que nous vous présentons, appliquant le principe proclamé par l'art. 2 du Code, prononce que le droit résultant de la loi ancienne est *acquis* à celui qui a usé de ce droit antérieurement à la publication de la loi nouvelle. »

Combien sont plus justes les exposés des motifs du législateur prussien (1814-16), strictement conformes aux principes scientifiques que nous aurons à développer ultérieurement! Du reste, cet exposé des motifs du conseiller d'Etat Réal permet de reconnaître très distinctement la cause historique de l'idée exagérée de la non-rétroactivité à cette époque-là. Il rappelle tout d'abord que les jurisconsultes de tous les temps sont unanimes sur ce principe et il jette un regard de mépris sur la Convention qui osa le fouler aux pieds. « C'est sans doute parce que *dans ces temps de troubles* dont nous sortons à peine, cette vérité, aujourd'hui si religieusement respectée, a été *plus audacieusement foulée aux pieds* que vous retrouverez à la tête du Code Napoléon, sous l'art. 2 du titre préliminaire, la déclaration suivante que son évidence devait sans ce motif dispenser de toute publication : « La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ». En fait, l'on a, dans l'ignorance des principes scientifiques qui régissent cette matière, reproché à la Convention bien des cas de rétroactivité qui n'en sont pas. Pour s'écarter d'elle le plus possible et, chose naturelle à une semblable époque de réaction, pour pousser le principe de non-rétroactivité à ses extrêmes limites, on alla beaucoup trop loin : ainsi, suivant l'exemple de M. Réal, le conseiller d'Etat Bigot-Préameneu, dans son exposé des motifs à propos du titre de la prescription (LOCRÉ, *Motifs*, VII, 162, 171), prétendit trouver dans une prescription commencée d'après une certaine loi un « droit acquis » suffisant à la terminer

Dans la législation prussienne il s'est réalisé entre les années 1803 et 1814 un progrès qui, à bien des égards, laisse loin derrière lui les principes de la législation napoléonienne, qu'il ne faudrait pas considérer comme absolument identiques, sur ce point, avec les principes de la jurisprudence française (1). Il suffira, pour se rendre compte de ce progrès, de comparer sur quelques points l'ordonnance prussienne du 24 mars 1803, la promulgation pour la principauté d'Eichsfeld, Mülhausen, Nordhausen, etc., avec celles des années 1814 et 1816. On lit par exemple aux §§ 5 et 6 du décret de promulgation de 1803 (2) : « De même que les contrats antérieurs « en ce qui est de leur forme et de *leur teneur* »..., de même tous les testaments et toutes les dispositions dernières *prises* avant le 1er juin 1804, doivent être *généralement* jugés d'après les prescriptions des lois antérieures, même si le testateur était mort à une date ultérieure. »

Et ainsi les testaments échappaient, aussi bien au point de vue de leur forme que de leur teneur, aux dispositions nouvelles du Code prussien, relativement à la capacité de tester, à la capacité des ayant-droit et à la portion légitimaire, même si le transfert de l'héritage n'avait pas encore été fait. De la sorte on mettait au même niveau de simples « expectatives » et des droits acquis. Par contre, au § 6 de l'exposé des motifs prussien du 9 septembre 1814 (pour l'ancienne Marche, le duché de Magdebourg, etc.), il est

d'après la même loi : « Il faut éviter l'effet rétroactif. Il suffit qu'un droit *éventuel* soit attaché à la prescription commencée pour que ce droit doive dépendre de l'ancienne loi. » Affirmations que Merlin et Troplong ont énergiquement combattues.

(1) Nous nous mettons en garde contre des opinions qui pourraient découler d'affirmations comme celles qui précèdent, à savoir que nous sommes en principe d'accord, sur ce point, avec la jurisprudence française. Au contraire, les idées françaises relatives à la non-rétroactivité sont, comme celle de Savigny, ou trop larges ou trop étroites, comme nous aurons occasion de le démontrer.

(2) Cf. § 12 de l'exposé des motifs du 5 février 1794, au moment de l'introduction du Code prussien.

spécifié que les testaments existants ne sont soumis aux lois antérieures qu'au *point de vue de leur forme* : les édits de 1816 ajoutent même, au surplus, que la *teneur* des testaments n'a de valeur que si « des lois prohibitives ne s'y opposent pas au moment de l'ouverture de la succession. Dans ce cas, ce sont les lois en vigueur au moment de l'ouverture de la succession qui décident de la capacité de succéder des héritiers institués et de la portion légitimaire.

De même il est prescrit dans le décret de promulgation de 1804, au § 8 (1), que les *principes concernant le divorce* — lequel fait pourtant partie du droit matrimonial personnel — doivent être jugés d'après les lois en vigueur au moment de la *conclusion du mariage*. Au § 9 de l'exposé de 1814 — de même que dans les décrets ultérieurs — il est par contre spécifié que toutes les dispositions du nouveau Code prussien relatives *au divorce* doivent immédiatement entrer en vigueur.

Au § 10 du décret de promulgation de 1814, il est déclaré qu'à partir du moment de l'entrée en vigueur du Code prussien, le père pourra jouir du droit d'usufruit que lui confère ce Code sur la fortune de ses enfants, que le droit de la mère, au contraire, est désormais supprimé. Par contre, il n'existe dans le décret de 1803 (2) aucune spécification de ce genre, et même les dispositions générales du § 4 de cet exposé conduisent à une conclusion tout opposée (3). De même, au § 11 de l'ordonnance de 1814, il est déclaré

(1) Conformément au § 14 de l'ordonnance de promulgation (du 5 février 1794) du Code prussien.

(2) Il en est de même dans l'ordonnance de promulgation du 5 février 1794.

(3) Il y est dit (conformément au § 8 de l'ordonnance de promulgation du 5 février 1794) : « Quiconque se trouvera, au moment de la publication du droit prussien, *en possession d'un objet acquis légitimement en vertu des lois précédemment en vigueur* n'aura rien à redouter de personne : *sous aucun prétexte on ne saurait se réclamer du Code général pour le troubler dans la jouissance de ses droits régulièrement acquis.* »

que les enfants illégitimes, nés avant l'entrée en vigueur du Code prussien, bénéficieraient de tous les droits accordés par ce Code aux enfants illégitimes. Dans l'ordonnance de 1803, cette exception n'est pas faite et la règle établie au § 4 aboutit à une solution diamétralement opposée (1).

Relativement au taux licite de l'intérêt, il est dit, au § 14 de l'ordonnance de promulgation de 1814, « que les dispositions du Code prussien devraient entrer en vigueur immédiatement, de sorte que, si dans un contrat antérieur des intérêts supérieurs à ceux que la loi prussienne permet avaient été consentis par le débiteur, celui-ci n'était, à partir de la promulgation de la nouvelle loi, redevable que des intérêts permis par elle ». Cette disposition ne se trouve pas dans l'exposé antérieur. Bien plus ; on lit au § 5 (correspondant au § 11 de l'exposé du 5 février 1794) que tous les traités, sans exception, doivent être jugés « au point de vue de leur forme, de leur *teneur* et des conséquences juridiques qui en découlent, d'après les lois en vigueur à l'époque de la conclusion du contrat, même si plus tard il devait y avoir plainte tendant à obtenir un complément, ou une suppression, ou un paiement de l'intérêt ». Ces dispositions sont, elles aussi, contraires à celles des édits postérieurs (2).

De même au paragraphe 15 de l'ordonnance de 1814,

(1) Car il est dit au § 4 (conformément au § 8 de l'exposé des motifs du 5 février 1794) : « Le code prussien ne sera pas appliqué à des *actes* et à des *événements* antérieurs : ceux-ci seront examinés selon les principes prescrits aux §§ 14 et 20 de l'introduction ». Mais au § 14 il est simplement déclaré de nouveau que les nouvelles lois ne doivent pas s'appliquer à des actes et des événements antérieurs. Au § 19 il est dit : « On doit tenir compte des lois en vigueur à l'époque où l'acte a été accompli, quand d'un acte illicite découlent des droits privés. »

(2) En fait Savigny et presque tous ses successeurs rejettent une semblable entrée en vigueur immédiate des lois sur le taux de l'intérêt : elles constituent selon eux, mais à tort, une rétroaction illicite.

une distinction est établie à propos des prérogatives des créanciers : s'il ne s'agit que d'une *classification* des réclamations de plusieurs créanciers, les lois prussiennes doivent faire autorité en cas de conflits ultérieurs, sans égard aux lois existantes à l'époque où les droits des créanciers ont été acquis. Pour les hypothèques, au contraire, les droits des créanciers sont en raison directe de leur ancienneté.

Une semblable distinction n'existe pas dans les exposés antérieurs, et, pour établir leurs prérogatives, les créanciers devaient se régler d'après les dispositions générales des lois en vigueur au moment de l'acquisition de leurs droits de créanciers (1).

Remarquons encore que tous ces progrès réalisés par les décrets de promulgation de 1814 ont été maintenus dans ceux de 1816, qui, par conséquent, ne constituent pas un cas isolé.

Quoi qu'il en soit, cette comparaison nous a amenés à une double constatation :

1° Les idées législatives sur notre question ont subi un arrêt complet de *1794 à 1804* ;

2° Par contre, nous remarquons un développement considérable, et le plus souvent un *progrès* très sensible de *1804 à 1814*, progrès qui coïncide avec le recul relatif de la législation impériale en France.

Si l'on recherche les causes de ce progrès réalisé de 1804 à 1814, qui contraste si fortement avec l'arrêt des dix années précédentes, l'on constatera indubitablement qu'il est principalement dû à la propagation en Allemagne des idées de la Révolution française.

Certes, on ne peut songer à attribuer ce progrès aux juristes allemands.

Weber, par exemple, dont l'ouvrage parut à la limite des

(1) Nous verrons plus loin ce qu'il faut réellement admettre à ce sujet. Disons encore que l'exposé des motifs de 1814 renferme au § 14 la disposition qui suit: « Les personnes qui n'auront pas atteint, d'après l'ancienne loi, leur majorité avant le 1er janvier 1815, ne l'atteindront désormais qu'à 24 ans révolus. »

deux périodes (« Ueber die Rückanwendung neuer Gesetze », Hanovre, 1811), ne saurait, pour différentes raisons, en revendiquer l'honneur. En outre, tout ce qu'il a de bon, il le doit, selon son propre aveu, à l'influence des idées révolutionnaires. — Il ne peut pas davantage être question de l'ouvrage de von Herrestorff (« Ueber die Zurückwirkende Kraft der Gesetze », Düsseldorf, 1812) qui développe jusqu'à leurs conséquences extrêmes ces anciens principes doctrinaires que les ordonnances de promulgation de 1814 avaient précisément rejetés.

Deux autres faits confirment que la doctrine juridique allemande n'a eu aucune part à ce progrès qu'il faut décidément attribuer entièrement à l'action des idées révolutionnaires sur les idées législatives allemandes. Déjà le Code Napoléon, promulgué en 1809 à Karlsruhe, avec des additions, comme Code pour le grand-duché de Bade, reconnaît précisément dans ces additions (comme nous le verrons plus loin) toute la valeur des principes généraux des décrets de promulgation de 1814, quoiqu'à bien des égards il n'aille pas encore aussi loin qu'eux. Et avant 1809, aucun écrit sur cette matière n'avait été publié en Allemagne depuis 1748, à l'exception toutefois d'une dissertation sans importance de Lorenz : *De obligatione legis in præteritum* (Leipzig, 1770). Si à présent nous envisageons la *façon* dont s'est réalisé ce progrès, nous pourrons également en apercevoir les causes. En quoi consiste la différence entre les ordonnances de promulgation de 1804 et celles de 1814? Dans les idées relatives à la condition des personnes et aux accessoires patrimoniaux qui en découlent, au droit personnel matrimonial, à la non-garantie des simples droits expectatifs, à l'action prohibitive des nouvelles lois sur le taux de l'intérêt à l'égard des contrats préexistants, etc... Si l'on recherche la cause commune de toutes ces modifications, on la trouvera dans une *conception plus rigoureuse de l'idée d'Etat*, source d'où découlent tous les progrès réalisés au XIXe siècle, d'où découleront d'autres encore, en dépit des efforts multipliés des prétendus amis de la liberté, qui,

en dissolvant la conception strictement morale de l'Etat, travaillent à ne laisser subsister que l'arbitraire individuel.

Si les conceptions législatives sont soumises à de semblables fluctuations de l'esprit politique, l'on croira peut-être trouver dans la pratique du droit privé le port sûr où notre objet sera soustrait aux agitations du jour. Mais il n'en est rien ; seuls ceux-là peuvent le croire — et à cette catégorie appartiennent, doit-on dire heureusement ou malheureusement, presque tous les justiciables, — qui considèrent le domaine du droit privé comme un royaume privilégié à l'abri des tempêtes et des passions de la vie politique.

En réalité, il serait aisé de démontrer que le principe de non-rétroactivité a une histoire très mouvementée, aussi bien au point de vue de sa jurisprudence qu'à celui de sa législation ; la jurisprudence dépend d'autant plus étroitement de la tendance dominante que les tribunaux sont autant à la merci de l'esprit de la législation qu'à celle du tourbillon des idées politiques, qui entraînent tout ce qu'elles rencontrent sur leur passage (1).

(1) Quelques mois après que ces lignes eurent été écrites, le vice président de la Cour royale suprême, M. de Götze, fit à la séance du 24 mars 1860 de la Chambre des seigneurs prussiens, la déclaration suivante au ministre de la justice, qui fondait son opinion sur une sentence de droit civil rendue par le tribunal suprême : « Le jugement rendu a bien été celui que vous indiquez. Mais je ferai remarquer qu'il date de l'année 1851. Or, après les commotions subies par le droit dans tous le pays pendant les années 1848, 1849 et 1850, *la jurisprudence a été très embarrassée* et il lui a fallu un *certain temps* pour pouvoir *s'orienter*. Le jugement est de cette époque-là : mais je me réfère aux paroles de M. le Rapporteur et aux explications données l'an dernier par le ministre de la Justice, à savoir *que le tribunal suprême a abandonné dans ses arrêts ce point de vue et a constamment affirmé le point de vue diamétralement opposé.* » Le ministre d'Etat, président du tribunal suprême, M. Ohden, déclara immédiatement après, que son prédécesseur à la tribune avait dit, relativement à cette constatation : « ce qui était nécessaire » (!!) (*Rapports sténogr.*, p. 280). Il est superflu de discuter avec MM. Götze et Ohden, pour savoir si ce jugement de 1851 est un produit du *courant révo-*

Etant données ces fluctuations, l'on comprendra l'opportunité pour la science de tracer les limites définitives de la notion de non-rétroactivité : ainsi seront désormais rendus impossibles les écarts, soit d'un côté, soit de l'autre. C'est précisément parce que jusqu'ici les savants n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur ce point que l'on s'est fait du principe de non-rétroactivité tantôt une idée trop étroite, tantôt une idée trop large : comme conséquence, l'on devait nécessairement s'en écarter parfois. Or, ces écarts une fois admis en principe, il était impossible d'établir entre le plus et le moins une barrière sûre pour empêcher des écarts trop arbitraires. Quelques mots suffiront pour expliquer la haute importance de la tâche que nous allons entreprendre. Dans son acception la plus élevée et la plus générale, l'idée fondamentale de notre travail — qui découle de l'idée du droit et y est conforme — est la suivante : *il s'agit de transformer un régime juridique ancien en un régime nouveau.*

Si nous réussissons à étabir sur ce point une théorie acceptée, celle-ci contribuerait d'abord puissamment à faciliter l'œuvre de transformation de l'époque présente : ensuite elle garantirait le champ où la volonté individuelle a tracé de profonds sillons, le champ des droits légitimement acquis, contre la marée déferlente qui menace de le submerger. Les limites du concept ne sont pas moins consacrées au dieu Terme que celles des champs, et, si nous parvenions à les découvrir, on pourrait leur appliquer la loi de Numa :

Sei quis terminum exarasit, ipsos boveisque sacrei sunto!

lutionnaire : si au contraire l'abandon des points de vue juridiques développés dans ce jugement et l'adoption « constante » des points de vue opposés, est un produit du *courant réactionnaire*, qui n'atteignit qu'en 1851 toute sa force de fanatisme. Quoi qu'il en soit, tout homme sensé saura à quoi s'en tenir sur ce point, surtout s'il considère que ce premier jugement date de 1851, éqoque où le courant révolutionnaire avait *complètement* cessé d'animer le peuple. *Quant à nous*, il nous suffit de relever que le président et le vice-président de la Cour suprême *constatent eux-mêmes* en paroles sèches la *corruption du droit par des influences politiques*, au sein du tribunal le plus important du royaume, la Cour royale suprême.

II

LA THÉORIE

Et si l'on croyait que cet essai donne trop à l'esprit du système, à une théorie *abstraite* ou *métaphysique*, nous observerions que, selon nos *maîtres*, il n'existe pas de véritable *science*, qu'il n'y a que routine et préjugés, tout au plus *sens droit* ou *tact heureux*, dans la tête des hommes qui n'ont ni système, ni théorie.

Recueil général des lois et des arrêts, par Sirey, t. IX, part. II, p. 277.

I. — Mise à l'épreuve du Concept.

§ 1. — *La formule et le Concept.*

Il s'agit à présent de développer, d'une manière positive, la théorie de la rétroactivité des lois, et en même temps la théorie des droits acquis : à cet effet nous les ramènerons à quelques principes généraux, qui à leur tour ne sont que la conséquence nécessaire du concept fondamental ; donc ce sera ce dernier qui, par les conséquences immanentes qu'il renferme, constituera la loi conceptuelle qui régit notre sujet dans son ensemble.

Nous ferons suivre chacun de ces principes de sa justification théorique. En outre, afin de rendre plus accessible le

raisonnement abstrait et afin d'en montrer toute la portée, nous aurons recours à des exemples et nous mentionnerons les dispositions législatives ayant reconnu tel ou tel de ces principes. En dehors du but que nous venons d'indiquer, ces exemples sont encore destinés à constituer, avec ce qui sera dit — au troisième paragraphe — au sujet de l'application de la doctrine, la preuve *juridico-empirique* de notre théorie. Car en montrant l'applicabilité continue de la théorie à tous les domaines du droit, nous la justifierons une fois de plus et nous l'établirons sur des bases définitives. Mais il importe de remarquer ici même que nous aurons à développer, à propos de l'application, quelques conséquences d'ordre spécial qui découlent de la partie théorique. Il nous a en effet paru inutile de donner à ces dernières une place parmi les principes théoriques ; car, d'une part, elles ne sont que de strictes conséquences logiques de ces derniers; d'autre part, comme elles s'étendent à plusieurs domaines juridiques spéciaux, nous aurions été obligés d'y revenir au moment de l'application de la théorie à ces différents domaines ; il en serait résulté des redites fastidieuses et une trop grande complication de la partie théorique.

Remarquons, en passant à celle-ci, que nous ne procéderons pas *assertoriquement*.

Nous ne procédons pas par déduction à partir d'une règle arbitrairement posée. Une semblable règle, même si elle était juste en elle-même, ne serait jamais que le résultat de *suppositions* : et elle donnerait à toutes les conséquences qu'on en tirerait une apparence d'incertitude et d'arbitraire. Jamais elle ne pourrait porter en elle-même la marque d'une nécessité intérieure et elle pousserait ainsi à de véritables erreurs. Enfin, même exacte, jamais elle ne pourrait embrasser l'ensemble des vérités exactes et les faire découler d'elle-même.

Il faudra donc partir, tout simplement, de la notion de non-rétroactivité elle-même (comme nous avons fait dans la première loi). C'est elle qui justifiera tous les principes qui

régiront notre sujet, et elle leur imprimera un caractère de nécessité. Remarquons encore qu'il ne serait nullement scientifique, ni même exact, comme il pourrait sembler, de prendre pour point de départ cette règle : « qu'un fait accompli ne saurait être transformé ultérieurement en fait non accompli ». Savigny (VIII, 382) dit que, puisque c'est là une chose de soi impossible, point n'est besoin de règle juridique pour l'empêcher. Néanmoins on ne saurait en nier, jusqu'à un certain point, la possibilité au sens juridique du mot. — Il faut en chercher la raison ailleurs. L'acte par lequel on transforme un fait accompli en fait non accompli ne consiste pas à *rétroagir*, mais à considérer les faits comme non avenus. Tous les jours l'on considère comme non avenus des événements accomplis, sans qu'il y ait pour cela rétroactivité. — Il en est ainsi, par exemple, pour les marchés illicites ou vicieux, au sens où l'entendent les lois en vigueur au moment où ils étaient conclus. — Inversement il peut y avoir rétroactivité sans annulation : le cas se produit, si le terme assigné par une ancienne juridiction pour la jouissance d'un droit échoit à un moment où les lois nouvelles ont aboli ce droit. Ainsi l'annulation n'est inadmissible que si elle implique une rétroactivité. C'est pourquoi, tant que l'annulation ne se confond pas avec la rétroactivité, elle n'intéresse pas notre question. Et quand elle est rattachée au concept de rétroactivité, c'est celle-ci qui détermine les cas où elle est admissible ou non.

Examinons donc cette idée de rétroactivité.

a) Nulle loi ne peut rétroargir, si elle ne peut atteindre un individu que par l'*intermédiaire de ses actes volontaires*.

b) *Toute* loi peut rétroagir, si elle atteint l'individu en dehors des *actes de sa volonté*, si, par conséquent, elle atteint *immédiatement* l'individu dans les qualités qu'il ne s'est pas données lui-même, qui lui sont communes avec l'humanité tout entière, ou dans celles qu'il tient de la société : ou si elle l'atteint uniquement dans la mesure où elle modifie cette société elle-même dans ses institutions organiques.

Ce principe est le seul juste parce qu'il est confirmé par la notion de non-rétroactivité elle-même. Quelle est donc cette notion ?

Les lois représentent un contenu intellectuel : de nouvelles lois représentent un nouveau contenu de raison, déclaré même obligatoire par la société. Or, de même qu'une lumière répand, quand on l'allume, sa clarté sur tous les objets qui, un instant auparavant, étaient plongés dans l'obscurité, de même une nouvelle lumière, éclose dans l'esprit de l'individu, projette sa clarté sur tous ses jugements antérieurs. Si donc il arrive régulièrement et nécessairement que l'*individu* isolé juge les événements déjà lointains à travers la nature actuelle de sa conscience, pourquoi n'en serait-il pas ainsi dans le *droit* ? pourquoi n'en serait-il pas ainsi de l'intelligence de la société tout entière et de ce contenu intellectuel que la société elle-même déclare obligatoire ? d'autant plus que dans l'idée de loi est impliquée la nécessité d'une application immédiate, d'une autorité absolue à laquelle toute conscience doit se soumettre.

Ainsi, la rétroactivité pourrait tout d'abord paraître la conséquence aussi naturelle que nécessaire de l'état *actuel* de l'intelligence et de la conscience sociales; aucun objet ne saurait se soustraire à cette clarté nouvelle ou prétendre apparaître sous le même jour que par le passé (1).

Dans l'étude de cette question, l'on n'a jamais expliqué clairement le concept de rétroactivité ; il en résultait tout naturellement certaines erreurs quand on passait ensuite à l'étude positive de ses applications.

Or, le concept de rétroactivité n'est pas autre chose que celui d'un *empiètement sur la liberté et la responsabilité de l'homme.*

C'est pour cette raison unique que la rétroactivité est

(1) Cela est si vrai que, comme nous l'allons bientôt voir, la période de beaucoup la plus longue de l'histoire de l'humanité et du droit était absolument régie par le *principe de rétroactivité* considéré comme très naturel. L'idée de non-rétroactivité n'est qu'un produit ultérieur de l'*esprit historique*.

inadmissible. — Dans la société, l'homme est et doit être *libre* ; le criminel lui-même, au moment où il est condamné et pendant qu'il subit sa peine, est considéré comme un être jouissant de son *libre arbitre* ; car il savait bien quelle peine était attachée à son crime, et, s'il l'a néanmoins commis, il s'est exposé, par son *libre choix*, à des conséquences qu'il *connaissait* d'avance. S'il ne mesure *pas* l'importance et la portée de son acte, la loi l'acquitte comme irresponsable. Donc on ne doit pas admettre la rétroactivité ; autrement l'individu pourrait dire au législateur et au juge : « Si à telle ou telle époque passée la loi avait attaché à mon acte telle ou telle conséquence, je ne l'aurais pas commis. Car j'étais *libre* de le faire ou de ne pas le faire. » Si, malgré cette objection, on le condamne, l'on ne pourra plus dire de cette condamnation qu'elle est la conséquence de son *libre choix*, de sa *volonté consciente* de sa *liberté* ; ce sera une *violence* réelle et perfide. Il en est absolument de même dans le droit privé. D'une façon générale, ce dernier n'est autre chose que la *réalisation du libre arbitre de l'individu*. Si donc, par une loi ultérieure, l'action volontaire de l'individu est atteinte rétroactivement, sa volonté est altérée, transformée en une autre volonté ; c'est pourquoi un juriste français (Toullier) a pu, d'une façon très heureuse, appeler la rétroactivité « un piège tendu aux individus par le législateur ». Si vaste que soit la puissance d'un législateur, jamais elle *ne saurait faire* qu'un individu ait voulu *autre chose* que ce qu'*il a* réellement voulu. Ainsi une loi rétroactive attribue après coup à l'individu des intentions, des actions différentes des siennes (1), elle lui fait donc violence et pèche gravement contre l'idée qui régit le droit tout entier, l'idée de la réalisation du libre arbitre. Ainsi, une semblable loi n'est pas une loi ; elle est

(1) C'est cette *altération* qui est excellemment désignée par le terme *calumniare* dans la loi d'Anastas (voir pl. haut. p. 7). Cf. Codex Theodosianus, l. III, *de constit. princ.* : « Omnia constituta non *præteritis calumniam faciunt*, sed futuris regulam imponunt », et Jac. Gothofred in h. l.

la *consécration de l'injustice absolue*, la *négation de tout droit*. Il apparaît donc ici de la façon la plus évidente, en dépit des affirmations contraires bien souvent formulées, puis réfutées, que le principe de non-rétroactivité avec ses conséquences a une valeur de droit naturel. Une loi rétroactive supprime le *vouloir* de l'individu. Mais la volonté est une faculté respectable en droit naturel et le droit positif n'est que la sphère organisée dans laquelle elle peut agir librement et en toute sécurité. De même que le *libre arbitre*, le *savoir* et la *pensée* de l'individu sont niés et supprimés par une semblable loi. Déjà Hegel (*Philosophie du droit*, p. 33) dit très justement : « Quant aux rapports de la *pensée* et du *vouloir*, nous « remarquerons ce qui suit : l'esprit est pensée ; et « l'homme se distingue de l'animal par la pensée. Mais l'on « ne doit pas se représenter l'homme tantôt pensant, tantôt « voulant, ayant dans une poche la pensée, dans l'autre la « volonté. Ce serait là une représentation vide de sens. La « différence entre la pensée et le vouloir n'est autre que la « différence entre la théorie et la pratique. Ce ne sont pas « deux facultés distinctes l'une de l'autre. Le vouloir est un « *mode particulier* de la pensée. Elle est la pensée qui se « réalise ou tend à se réaliser. — La théorie est essentielle- « ment impliquée dans la pratique ; il est impossible de se « représenter l'une sans l'autre, car on ne peut avoir de vo- « lonté sans intelligence. Au contraire, la volonté se déter- « mine et cette détermination est tout d'abord intérieure ; « ce que je veux, je me le représente. — Donc la volonté « et la pensée sont inséparables l'une de l'autre : et dans « toute activité, tant de la pensée que du vouloir, il y a les « deux éléments. »

Donc, puisque l'acte voulu suppose nécessairement l'acte pensé, puisque le vouloir repose sur la pensée, une loi rétroactive dénature grossièrement la pensée et le savoir d'un individu. La détermination personnelle la plus libre, la pensée et le vouloir, expression de la spontanéité la plus intime de l'individu, et conséquemment l'esprit lui-même,

sont transformés par la rétroactivité en *choses passives*, inertes, à la merci des événements extérieurs. Comme nous venons de le remarquer, c'est là l'*injustice absolue*; aussi, c'est avec raison que Benjamin Constant et la Déclaration des droits ont pu qualifier de *crime* la rétroactivité de la loi. Dans les appréciations sur la rétroactivité, dont il accompagne beaucoup de ses lois, Justinien indique très judicieusement, à différentes reprises, la cause qui s'oppose à la rétroactivité : cette cause, c'est l'identité du *savoir* ou de la pensée et du *vouloir*. Il dit, par exemple : *Illis* (*legibus*) *enim credentes et ita contrahentes nullus culpabit, quare non futurum sciverunt* (1), ou bien l'on ne saurait exiger : *ut in monasterio illa faciant quæ prius ignorata divina nostra constitutione innovata sunt* (2).

Donc, comme la liberté de penser et de vouloir sont des principes intangibles sur lesquels repose tout droit en général, et qu'il ne saurait plus être question de droit là où l'*idée de droit* elle-même est ébranlée en ses fondements, il est de toute évidence que le législateur n'est pas autorisé à faire rétroargir une loi et que son *intention*, si clairement et si énergiquement fût-elle exprimée, ne peut rien changer sur ce point (3). C'est en se plaçant à ce point de vue que les Constitutions précédemment citées (v. plus haut p. 23 sqq.) ont établi le principe de non-rétroactivité. Mais point n'est besoin de Constitution pour savoir qu'aucun législateur n'est en droit de supprimer le libre arbitre de l'homme ainsi que sa responsabilité et de ravaler l'esprit au niveau d'une chose inerte (4).

(1) Nov. 22, cap. I, *de nuptiis*.

(2) Nov. 76, cap. V.

(3) Cette idée est exprimée de la façon la plus énergique par Mirabeau à la séance de la Constituante du 21 novembre 1790 : « Nulle *puissance humaine ni surhumaine* ne peut légitimer un effet rétroactif. J'ai demandé la parole pour faire cette profession de foi. »

(4) Pour le moins nous plaindrions le juge qui aurait à apprendre cette vérité dans les Constitutions d'Etat, au lieu de l'apprendre

Néanmoins il résulte tout naturellement d'une semblable définition du concept de non-rétroactivité que l'individu ne

dans les Constitutions du droit et qui éprouverait des scrupules à laisser appliquer une loi qui rétroagit *indubitablement* (par exemple une loi qui annule des traités valables antérieurement, à cause de prescriptions ultérieures relatives à la forme, ou qui veut punir des actions antérieures). En tout cas, il lui faudrait remplacer cette locution « de par le droit » par « de par la violence ». A ce cas s'applique parfaitement ce que Donellus dit, d'une façon générale, à propos de la violation du *jus naturale* (*Comment. juris civ.*, lib. I, c. XII (p. 45, éd. Hanoviæ 1612) : « Ac quæ hinc jura sint (les droits naturels), si quis mutare conetur jure civili, nihil aliud efficiat, nisi ut jus quod statuit, sic adversus rectam rationem, id est, injustum et iniquum, et omne naturale jus est æquum et bonum. *Nihil autem jus quod sit iniquum.* » Bartole, le plus grand juriste du XIVe siècle, que ses contemporains appelaient, dans leur admiration, *lucerna* ou *pax juris, dux jurisconsultorum*, etc., s'exprime en termes plus précis sur ce point (Comment. ad. lib. I. ad. l. IX, *omnes populi*, n° 24 (fol. 30, éd. Basil., 1589). Il affirme, sans donner toutefois à son affirmation des limites suffisamment tranchées, que toute loi qui,non seulement modifie le *jus naturale*, mais le *supprime* (*tollendo in totum*) *est sans valeur* ; puis il passe aux exemples (n° 24, fol. 32). « Di-« cit statutum quod qui per 10 annos debitum suum non petierit, « cadat a jure suo. Certe statutum non valet, quia *nec lex Imperialis* « *quæ hoc diceret valeret.* » Il se demande incidemment, dans la suite, si une disposition législative peut s'appliquer au passé. Ici, il distingue le cas où la disposition prescrit expressément l'application *ad præterita*, ou le contraire, et celui où elle est muette sur ce point. Et alors, examinant le premier cas, celui où la loi prescrit expressément la rétroactivité, il dit : « Circa primum videtur quod « talis adjectio, sc. quod habeat locum in præteritis, valeat. — Econ-« tra, quod non valeat... Distingue : Aut quæris de præteritis deci-« sis seu finitis, et ad prædicta statutum novum bene potest porrigi « confirmando... sed infirmando vel aliter disponendo ad prædicta « *non porrigitur etiamsi expresse caveretur.* Aut sunt negotia præte-« rita pendentia... *et ad ea non porrigunt etiamsi expresse caveatur.* » L'on voit que les grands docteurs en droit romain du Moyen Age, malgré le reproche de grande servilité qu'on leur adresse régulièrement et à juste titre, n'éprouvent aucun doute *in thesi* sur ce point ; et nos auteurs modernes sont en retard sur le Moyen Age, quand *ils font* tout dépendre, dans cette question, de l'intention du législa-

peut élever cette objection que dans le cas où ce serait un *acte volontaire*, une *manifestation de la volonté individuelle*, qui serait supprimé ou dénaturé par une loi ultérieure (voir à ce sujet § 2).

Au contraire, les droits que la loi comme telle confère à l'individu, ceux à l'acquisition desquels sa volonté n'a aucune part, ne sont que des qualités générales et des facultés générales qui n'existent que par les lois qui les concèdent, et, par conséquent, doivent disparaître avec elles.

La loi est l'expression de la conscience juridique de la nation tout entière.

Tout droit codifié n'est en tant que tel et l'existence légale même de l'individu n'est donc qu'une détermination établie par l'esprit général évoluant continuellement : c'est pourquoi, dès qu'une nouvelle détermination est établie, l'individu doit aussitôt en profiter avec le même droit qu'il profitait de la précédente. Ce qui est immuable, pour l'individu, c'est ce que par ses propres actes et sa propre volonté il a fait dériver, par des voies légales, de ce courant, ce qu'il en a ainsi *rendu sien*.

Donc toute loi qui n'atteint pas des actions antérieures de la volonté individuelle, et dans la mesure *où* elle ne les

teur. — Savigny lui-même est en contradiction avec ses propres principes.

Sur ce point, les Français ont montré plus d'indépendance dans leur sentiment du droit. Nous venons de voir l'opinion de Mirabeau ; nous avons vu plus haut (p. 3, sqq.) que Merlin dit (*Répert. de jurispr.*, v° Eff. rétroact., sect. III, § II, art. 1) à ce propos : « Le législateur *ne pourrait pas la détruire expressément*, quand il serait possible qu'il fût assez insensé *pour le vouloir* », quoiqu'il ait exprimé ailleurs une idée toute opposée.

Böcking semble être d'accord avec nous sur ce point et son raisonnement repose sur les mêmes arguments que le nôtre, quand il dit (*Pandekten des röm. Privatrechts*, I, 317). « Les modernes désignent, d'une façon très défectueuse, ce principe (la non-rétroactivité) comme une simple règle et posent comme des exceptions ses applications. Alors la loi devra posséder un pouvoir rétroactif quand elle se conférera elle-même ce pouvoir ; une pareille loi serait une *injustice absolue.* »

atteint pas, doit naturellement entrer instantanément en vigueur. Ainsi, il apparaît déjà qu'il ne saurait être dans, ce cas, question de *rétroactivité*. Il n'y aurait rétroactivité que là où la loi agirait sur des événements *antérieurs* à sa publication. Mais si tous les actes volontaires antérieurs ne sont pas atteints par la loi, l'application immédiate de celle-ci aux droits de l'individu ne représente qu'une *action momentanée* — qui est impliquée dans la nature et dans la définition de la loi — mais pas une *rétroactivité*.

Si l'on compare ce qui vient d'être dit avec la formule bien connue, *d'après* laquelle de nouvelles lois n'atteignent pas des *droits acquis*, l'on constatera que cette formule n'est exacte que, si sous le nom de droits *acquis*, l'on entend exclusivement ceux qui ont été acquis par des *actes de volonté individuelle*. Ou bien l'on constatera, conformément à ce qui précède, que l'idée de droits acquis, ne s'applique qu'aux droits procurés à l'individu par un acte volontaire et *rendus siens* par celui-ci. Cette idée contient virtuellement toute la théorie des droits acquis ; mais seulement de façon virtuelle ; car ce n'est qu'au § 2 qu'elle pourra apparaître dans toute son *étendue latente* — cachée par l'apparence trompeuse des phénomènes matériels — ; de même elle ne pourra nous faire connaître qu'aux §§ 6 et 7 ses *limites logiques*, cachées également sous des apparences matérielles, et c'est alors seulement qu'il sera possible de développer la *théorie* et d'établir l'ensemble systématique des droits acquis. En attendant l'*usage de la langue* — dans la formule qui veut que « les droits acquis ne soient pas atteints par de nouvelles lois » — confirme la justesse de l'idée de non-rétroactivité que nous développons. Car, tout au moins d'après l'usage de la langue, pour les droits imposés à l'individu par le seul fait de la publication de la loi il ne saurait être question d'*acquisition* : en effet, celle-ci suppose toujours une activité individuelle.

Nous avons dit que l'idée de non-rétroactivité n'a son fondement que dans le concept de la *liberté du sujet pensant*.

S'il en est ainsi, nous sommes obligés d'en trouver immédiatement une confirmatiom empirique qui embrasse un grand nombre de siècles. Quinconque est tant soit peu familiarisé avec l'étude de la philosophie sait que l'Asie est le pays où le *sujet* n'existe pas encore, c'est-à-dire où le principe de la liberté individuelle n'a pas encore été reconnu.

Si donc, comme nous l'affirmons, le principe de non-rétroactivité est exclusivement fondé sur l'idée du sujet et de sa liberté, il devrait s'ensuivre, puisque cette idée n'existe pas encore en Asie, qu'au lieu de la non-rétroactivité qui appartient, selon nous, au domaine du droit naturel, la *rétroactivité absolue* nous apparût là-bas comme la règle juridique naturelle et inébranlable et dominât toute l'histoire de l'Asie.

Voilà où l'on en arriverait en déduisant *a priori* les conséquences de l'idée spéculative. Voyons ce que nous apprennent les faits.

Nous lisons dans le *Ta Tsing' Leu Lee*, code actuellement en vigueur dans toute la Chine, qui a été promulgué au XVIIe siècle, par la toute nouvelle dynastie Mandchoue (1) (première partie du premier livre, relative aux lois pénales générales, section XLIII, p. 43 de l'éd. Staunton, sous le titre : *Execution of New Laws)* « All laws, « characterized as, and intented to become fundamental, « shall in general take effect an be in full force from the « day on which they are published, *and every transaction* « shall be adjudged according *to the most recent laws,* « *although such transaction should have occurred previous* « *to their promulgation.* »

Ainsi, le *principe* est établi, expressément, et en termes généraux, pour toutes les lois présentes et futures — et cela dans un Code pénal (2) d'après lequel *seules les lois les*

(1) *Ta Tsing Leu Lee*, being the fundamental Laws and a selection from the supplementary statutes of the Penal Code of China, translated by sir G. Th. Staunton, London, 1810.

(2) L'on sait qu'il n'existe pas en Chine de différence tranchée

plus récentes doivent toujours être appliquées, que l'action ait été commise ou non avant leur publication.

Il est intéressant de rechercher comment l'esprit chinois a pu arriver à cette distinction et à la question qu'elle soulève. Les résultats, auxquels nous aboutissons, concordent avec ce que l'on sait sur la culture réfléchie de l'esprit chinois, par laquelle il se distingue de tous les autres peuples asiatiques. Mais si la *question* a été aperçue par son *intelligence* cultivée, la *réponse* n'est cependant pas douteuse pour son esprit. L'intelligence des empereurs chinois, et pour tout dire, la *pensée* est en Asie, comme nous le disions au début, une nouvelle *révélation* qui pénètre de ses rayons tout ce qui existe, et à la lumière de laquelle tous les états de choses antérieurs apparaissent sous le jour qui leur convient réellement.

Voilà qui est légitime tant qu'il s'agit d'*états de fait.* C'est à juste titre que le code chinois considère la *transformation de ce qui est* comme une conséquence nécessaire du principe d'après lequel les lois entrent en vigueur dès l'instant de leur promulgation et doivent conséquemment servir de règle à ce qui est, et au jugement qu'on en porte. Nos juristes ont le tort de ne pas voir que ce principe, qui d'ordinaire constitue le premier article de nos codes (v. le Code civil), doit avoir en fait cette conséquence et ainsi que, pris en lui-même, il éclairerait tout sans exception, à la lumière de la nouvelle manifestation de la conscience générale (1).

entre le droit pénal et le droit civil. Toutes les prescriptions du droit civil édictent des châtiments semblables à ceux dont on punit le vol, etc...

(1) C'est ainsi que l'auteur le plus moderne qui ait écrit sur cette question, von Scheuerl (v. plus haut, p. 43), développe le principe de non-rétroactivité de la façon suivante : « La raison sur laquelle reposent la nécessité et la rationalité du principe de droit, d'après lequel une loi ne doit pas rétroagir, est, à mon avis, celui-ci : Toute loi agit sur *tous les états de faits positifs*, auxquels elle se rapporte d'après son contenu, *par le simple fait qu'elle existe*, sans qu'il soit nécessaire que le juge l'applique à un fait. Ce n'est pas la tâche du

Dans nos Codes, nous rencontrons ensuite l'article qui a trait à la non-rétroactivité et qui limite le premier article; il résulte de l'idée européenne du sujet, principe unique de son propre vouloir, de ses propres actes et de sa nature,

juge de modifier les états de choses matériels d'après la règle juridique, mais simplement de *reconnaître* et d'*exprimer* comment ils se sont formés eux-mêmes *en vertu* de la règle juridique. » C'est pourquoi il importe peu, « quand un état de choses a acquis, sous l'influence d'une règle de droit, une certaine forme « juridique », que le juge se prononce d'après la même règle ou d'après une règle nouvelle. Scheuerl ne songe pas, à la vérité, que personne ne prétendra que la tâche du juge est de *modifier* des états de choses juridiques d'après la règle de droit; on pense, au contraire, comme il le dit lui-même, que les règles juridiques agissent *par le seul fait de leur existence* sur tous les *états de fait* et que toute loi *nouvelle* exerce également une action efficace et transformatrice, que la nouvelle loi est publiée précisément en vue de cette *transformation* de l'existence objective et que c'est précisément là la signification du principe d'après lequel la loi *entre en vigueur à partir du jour* où elle est publiée. Si, par exemple, un mariage est conclu sous le régime d'une loi qui le déclare indissoluble, nous avons là un « état de fait » qui, « sous l'influence d'une règle juridique, a acquis une *forme juridique déterminée* ». Cet état de choses n'en est pas moins transformé par la nouvelle loi, qui déclare dissoluble les mariages et par ce fait revendique pour eux ce caractère — comme étant leur véritable caractère.

Ce sera particulièrement le cas dans le domaine de l'esprit germanique, où les lois sont considérées en elles-mêmes, non pas comme des mesures opportunes ayant un but utilitaire (voir la définition de Platon, p. 25), mais comme la réalisation de la conscience générale par elle-même, c'est-à-dire, comme la manifestation objective de la nature véritable et substantielle des rapports spirituels. La Loi ne doit plus être, pour l'esprit germanique, l'*établissement arbitraire de droits*, mais la *mise en lumière* et la *reconnaissance* de ce qui est *vrai* et *juste* en soi. Les lois germaniques ne sont plus conçues (ce qui apparaît même dans leur *forme*) comme des *ordres*, mais essentiellement comme des *définitions*.

L'on voit qu'avec la conception radicalement fausse du principe de non-rétroactivité qui a régné jusqu'à présent, l'on devait aboutir, d'un côté, à se contredire; d'un autre côté, il était inévitable qu'on ne se perdît pas dans des erreurs positives. Ici comme partout l'on peut dire : « in generalibus latet error ».

qui consiste à être position de soi pure, indépendamment de *tout être objectif*. Comme cette idée du *sujet libre* et avec elle la distinction du principe entre l'*être* et l'agir n'existent pas encore dans l'esprit asiatique, cette limitation *ne serait pas* motivée ici, et le principe fondamental et premier, qui érige en principe la rétroactivité, conserve toute sa force.

Il en est dans l'Inde comme en Chine. A la vérité nous n'avons pas pu nous procurer l'ouvrage si important de Colebrooke : *A Digest of Hindu law*, etc... (Londres, 1801) (1) qui aurait seul pu nous donner des preuves tout à fait positives sur ce point — on en trouve en effet très difficilement et très rarement, étant donnée la nature des législations asiatiques. Mais déjà les lois de Manou ne nous laissent aucun doute à cet égard. Par exemple, elles prescrivent, à propos d'un procès pour dette, ce qui suit : Si le témoin, même après avoir dit la vérité, est atteint dans les huit jours qui suivent sa déposition, d'une maladie, si un incendie éclate chez lui, si un de ses parents meurt, il doit payer la dette réclamée augmentée d'une amende (2). Voilà un *fait* qui produit une véritable *rétroaction* et il n'y a pas de raison pour laquelle le fait d'une nouvelle loi ne pourrait pas mieux rétroagir encore. Nous trouvons encore dans ces lois de Manou que, si un témoin a déposé un faux témoignage dans un procès civil, un quart des dommages occasionnés par le jugement au condamné retombe sur le faux témoin, un autre quart sur la partie civile, en faveur de laquelle le faux témoignage a été rendu, un quart sur le juge et le dernier quart sur le roi (3) — l'on constate ici l'absence de toute théorie d'*imputation personnelle*. C'est pourquoi, il est hors de doute que la rétroactivité était un principe admis sans réserves par l'esprit hindou. Comment pourrait-

(1) Chose fort surprenante, nous n'avons même pas pu le consulter à la Bibliothèque royale de Berlin.

(2) *Menou*, VIII, 108, p. 266, éd. Delougchamps (Paris, 1833).

(3) *Ibid.*, VIII, 18, p. 251.

il en être autrement? Comme l'esprit asiatique en général, l'esprit hindou ne distingue pas l'idée de *penser* de celle d'*être* : et, au point de vue juridique, il en résulte une conséquence qui a ses racines dans les profondeurs de cet esprit : c'est qu'il ne distingue pas une *action* et l'*état* de choses. Ou, en d'autres termes, pour rappeler une catégorie bien familière à nos juristes, si en recourant aux désignations fréquemment employées par ceux-ci, l'on voulait tirer des profondeurs de l'esprit hindou une classification des lois, on arriverait, si paradoxal que puisse paraître ce résultat, à ranger les lois relatives aux *actions* parmi les lois relatives à l'*état personnel* (1).

La rétroactivité se rencontre sous une forme aussi positive qu'en Chine chez un autre peuple asiatique, qui constitue déjà la transition à l'esprit européen, chez les Juifs. On sait que jusqu'à Moïse les filles, même en l'absence de fils, étaient exclues de la succession paternelle (2) qui était simplement une succession *ab intestat*. — Les frères du défunt héritaient. Or, voici que Zelaphedad meurt sans laisser de fils et sa fortune passe entre les mains de ses frères. Mais les filles de Zelaphedad s'en viennent alors réclamer leur part (3) : « Pourquoi le nom de notre père périrait-il parmi sa race, même s'il n'y a pas de fils? Donnez-nous aussi un bien parmi les frères de notre père. » Rien n'est plus naïf et plus instructif pour l'étude de notre ques-

(1) Quiconque veut élucider ce point n'a qu'à relire, par exemple, ce que dit Köppen (*die Religion des Buddha*, I, 283-301, Berlin, 1857) sur l'*imputation religieuse* — et par surcroît la sphère religieuse et la sphère juridique se confondent encore en Orient — et à en tirer les conséquences qui s'imposent.

Dans la *sphère religieuse* cette idée a, du reste, eu aussi son histoire en Europe ; car il est évident que le dogme de saint Augustin sur l'*état de grâce* et sa lutte contre la doctrine de Pélagius n'est fondée que sur la persistance de cette vieille idée asiatique de l'identité de l'action et de l'état personnel.

(2) Voir premier livre de Moïse, chap. XIV, XV et MICHAELIS, *Mosaisches Recht*, II, 59.

(3) Quatrième livre de Moïse, chap. IV, sqq.

tion que la suite de cette histoire dans le livre de Moïse : « Moïse déféra leur cause devant le Seigneur. Et le Seigneur lui dit : « les filles de Zelaphedad *ont raison*. Donne-leur un héritage parmi les frères de leur père. Et dis aux enfants d'Israël : Si quelqu'un de vous meurt sans laisser de fils, vous devrez attribuer son héritage à sa fille » etc... et c'est sur cette base que fut ultérieurement développée la loi d'héritage *ab intestat*. Ainsi, le législateur juif, qui est Dieu, publie une nouvelle loi en commençant par déclarer qu'il l'applique à un cas survenu antérieurement ; à ses yeux, cette application est une chose très naturelle et très régulière. Pourtant l'héritage de Zelaphedad était déjà, en vertu du droit d'*intestat*, la propriété régulièrement acquise des agnats. Et l'on qualifierait aujourd'hui un acte semblable de violation scandaleuse de propriété, d'empiètement sur les droits acquis. Rien de pareil dans la législation juive. Les filles de Zelaphedad ont *parlé raisonnablement*, c'est-à-dire que cette succession *ab intestat* répond à l'*état actuel* de la conscience générale ; c'est pourquoi elle s'applique à un cas antérieur, sans que le moindre doute sur la légalité et la régularité de ce procédé surgisse dans la conscience du *peuple*. Ainsi, sans même s'en douter, Dieu se rend coupable d'une rétroaction flagrante en matière de droit civil.

Ce Dieu était un oriental, qui ignorait encore les Pandectes et qui n'avait pas reçu l'empreinte de la culture et de l'art grec ; en d'autres termes, il était le Dieu d'un peuple qui n'avait pas encore conscience de la *Subjectivité* de l'esprit, qu'elle fût subjectivité juridique comme à Rome, ou belle individualité comme à Athènes : par conséquent l'*action* qui est impliquée dans l'acquisition *ipso jure* d'un héritage (v. § 2 A) ne pouvait se distinguer pour lui d'un rapport objectif.

Le peuple grec est celui chez lequel l'idée de la subjectivité de l'esprit, c'est-à-dire l'idée de liberté, l'idée de notre faculté de nous déterminer et de produire un acte par nous-mêmes, apparaît pour la première fois dans l'histoire et

sous sa première forme. Et, comme stricte confirmation de notre développement, nous trouvons l'idée de non-rétroactivité établie ici avec une nécessité logique, que nous avons constatée dans le passage de Platon cité plus haut, et que nous remarquons dans toute l'étude du droit grec (1).

Mais dans l'examen de cet exemple unique et magnifique, nous avons aperçu un rapport si important au point de vue logique et si fertile en conséquences, que nous ne saurions le passer ici sous silence.

Il s'agit du rapport *véritable* entre le *droit naturel* et le *droit positif* ou *historique*. Jusqu'à présent ce rapport était conçu — même dans l'école hegelienne — d'une manière erronée et personne ne l'avait encore embrassé dans la totalité de ses aspects. Nous avons affirmé et prouvé précédemment que la non-rétroactivité appartient au domaine du *droit naturel*. Mais, jusqu'à présent, quand il était question de *droit naturel*, l'on entendait par là un droit d'une *valeur générale*, existant de *toute éternité*, un *droit rationnel qui s'oppose au droit positif ou historique* comme l'idée à sa réalisation, ou selon l'expression même de Hegel, comme les Institutions aux Pandectes. L'on voit par là que le droit naturel était considéré comme immanent au droit positif ou historique ; mais la conciliation était insuffisante, attendu que le *droit naturel* n'était pas reconnu, quant à lui, comme

(1) Cf. *Demosthen. advers. Eubulid.*, IV, 1330, éd. Dindorf : « τοῖς χρόνοις τοίνυν οὕτω φαίνεται γεγονὼς ὥστε εἰ καὶ κατὰ θάτερα ἀστὸς ἦν, εἶναι πολίτην προσήκειν αὐτον · γέγονε γὰρ πρὸ Εὐκλείδου ». D'après la loi publiée sous l'archontat d'Euclide d'Aristophon, il fallait, en effet, pour être citoyen, descendre par la lignée paternelle et maternelle de citoyens. Dans cette loi, il était déclaré expressément qu'elle devait s'étendre d'abord aux personnes nées avant l'arrivée au pouvoir d'Euclide ; mais *précisément pour cette raison* elle fut bientôt modifiée : désormais elle ne devait plus s'appliquer qu'aux personnes *nées après* son entrée en fonctions (cf. les notes de Dindorf, l. I, VII, 1339. éd. Oxonii). C'est à cette loi que se rapportent ces paroles : *car il est né avant Euclide.* Nous voyons par là comment la non-rétroactivité est conservée avec soin dans le droit attique et le droit public.

un *droit positif, de nature historique*. On le considérait comme une idée irréductible de durée éternelle et de valeur générale ; de là une deuxième conséquence : les catégories de la philosophie du droit furent conçues comme des *catégories éternelles et absolues*, c'est-à-dire comme des catégories du concept *logique* et c'est dans cet esprit que fut écrite la philosophie du droit de Hegel. Il en résulta, en troisième lieu, que, toutes les fois qu'il ne s'identifiait pas avec le droit naturel, ou qu'il *s'y opposait* même, le *droit historique* ne semblait pas découler de la *nature intime de l'esprit*, mais de circonstances fortuites et particulières, de l'opportunité et même de l'arbitraire, de la déraison, de la violence, et alors il ne lui restait plus que son caractère positif. Une dernière conséquence, c'est que, si parfois le droit historique semblait réaliser le droit naturel sous une forme *différente*, ces *différences* subsistèrent comme des particularités indifférentes ou tout au moins accessoires de la même IDÉE : et alors on méconnaissait que l'*esprit historique* avait fait de ces différences des choses qualitativement distinctes.

Etant donnée cette position de la philosophie du droit en face du droit historique, il fallait s'attendre à ce qu'ils cherchassent, sinon à se rapprocher d'une manière très étroite, au moins à se donner l'illusion d'un pareil rapprochement. D'après l'exemple que nous donnons plus haut, la position du droit naturel en face du droit historique devient tout autre.

Nous avons vu que la non-rétroactivité est un droit naturel. Nous avons également vu que la *rétroactivité* domine toute l'époque anté-hellénique : on ne l'y rencontre pas sous une forme *positive* ou simplement *historique*, c'est-à-dire établie par un décret d'un monarque, etc.. Mais elle découle nécessairement *du concept de l'esprit asiatique* : elle est donc *également un droit naturel*. Qu'est-ce à dire ? Y a-t-il deux droits naturels qui s'opposent l'un à l'autre ? La réponse sera simple : elle se dégage de tout ce qui a été dit jusqu'à présent.

Le *droit naturel* est lui-même un droit *historique*; c'est une catégorie de *nature* et de *développement historique* : et il l'est nécessairement, car l'esprit lui-même n'est qu'un *devenir dans l'histoire* (1).

(1) Il résulte naturellement de ce qui précède que la philosophie du droit ne *peut* pas être écrite, comme l'ont fait Hegel et ses successeurs, sous la forme de catégories *logiques* de l'idée. Seules la logique et la philosophie naturelle peuvent être développées sous cette forme. Mais ni la science *historique*, ni, par conséquent, le droit, n'ont affaire à des *idées logiques immuables*, mais à des catégories de l'*esprit historique* et, par conséquent, à des *idées historiques*. Elle ne pourra donc pas traiter : de *la* propriété, *du* contrat, de *l*'injustice, de *la* famille, *du* droit d'hérédité, de *la* société civile, de *la* corporation, de *l*'état, etc... généralités abstraites et irréelles : mais, d'après l'*idée historique* de l'esprit grec, romain, germanique, elle devra développer l'idée de la propriété ou de l'Etat, *grec*, *romain*, *germanique*, etc... ; l'on pourrait constater à ce propos que, parmi ces catégories d'apparence logique, beaucoup ont non seulement un contenu spirituel tout autre (ce qui est le cas pour toutes), mais que même dans leur *existence* formelle en *général* elles ne sont que le produit d'une idée donnée de l'esprit historique, surgissant et disparaissant avec lui, comme, par exemple, la société civile, la corporation, etc... Et l'on ne devrait pas s'en tenir à une chose générale comme l'esprit germanique : il faudrait suivre les différents aspects de l'idée historique à travers les différentes périodes du développement de cet esprit, et en faire découler les transformations des institutions de son droit privé et public. Ainsi, la philosophie du droit devrait être développée, quoique avec plus de rigueur encore, de la même façon que Hegel développe la philosophie de la religion. L'on aurait été aussi peu avancé dans la philosophie de la religion, si Hegel s'était borné à traiter de Dieu, du dogme, de l'au-delà. Mais il développe la question du *dieu juif*, *égyptien*, *romain*, *chrétien*, etc..., c'est-à-dire la *conscience d'un dieu chez ces différents peuples* et le *caractère précis de leur esprit historique*. Mais si la philosophie de la religion n'est que le développement de la conscience d'un dieu, la philosophie du droit ne sera que le développement de la conscience du droit chez les différents peuples. L'on peut donc dire, en conformité avec ce qui précède, que la philosophie du droit a reçu, chez Hegel, une forme contraire à ses propres principes et à son propre système. La différence entre la philosophie du droit et celle de la religion de Hegel provient sans doute de ce que les catégories du droit, la propriété, le contrat, etc..., semblent conserver à travers tous

On voit, de ce qui précède, qu'un élément négligé jusqu'à présent, le droit purement historique ou positif, doit être considéré comme une émanation du *concept de l'esprit* à un moment déterminé de son évolution intérieure, ou comme une émanation de l'esprit historique ; d'où il résulte que les prétendues simples différences dans l'application que le

les temps une identité indépendante de l'esprit des différents peuples et des différentes époques. Mais ce n'est là qu'une apparence dont on est dupe aussi longtemps que l'on reste dans les généralités abstraites ; elle disparaît dès que l'on examine le *caractère propre* des institutions de chaque époque. Malgré ce qui vient d'être dit, on ne saurait méconnaître ce que les *formules* générales des catégories du droit ont d'identique ; mais ce n'est là qu'une identité en soi : elle apparaît déjà dans la comparaison avec la philosophie de la religion de Hegel, dans laquelle l'essence générale des religions est une chose en soi, qui est à la base de toutes les religions. Le rapport logique de cette *forme* des catégories du droit avec les *idées de l'esprit historique*, d'où découle le *droit réel* et qui constituent le fond toujours différent au point de vue de ces catégories formelles, ne pourrait être démontré rigoureusement et systématiquement que dans un nouveau « Système de la Philosophie de l'Esprit ».

L'ouvrage de Gans, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung*, constitue en soi une tentative pour dépasser Hegel au point de vue indiqué plus haut : en effet, il commence par le droit d'hérédité chez les Chinois, chez les Hindous, etc... ; de même, il s'efforce de montrer le rapport de ce droit avec l'esprit de la nation. Mais il a dépassé Hegel seulement *en soi*, ou, si l'on veut, sa tentative a échoué ; car l'idée *que l'on se fait aujourd'hui* du « droit d'héritage » n'est qu'une catégorie logique générale, posée *a priori*, et en établissant cette identité de l'idée, l'on a seulement essayé d'établir un rapport entre l'*application juridique* de son contenu et l'esprit particulier de telle ou telle *nation*. Mais Gans n'a également aucune idée de ce fait que la notion d'hérédité elle-même *s'altère* au cours de l'évolution de l'esprit historique, qu'il *doit* nécessairement en être ainsi, que ce que nous nous représentons sous le terme de « droit d'héritage » repose constamment sur de nouvelles idées de l'esprit ; c'est pourquoi il a totalement et nécessairement méconnu l'esprit du droit *historique* (droit d'héritage chez les Romains), comme nous aurons occasion de le démontrer au deuxième volume, à propos de nos développements sur le droit d'héritage.

droit historique semble imprimer à la *même* idée de droit naturel, à la même catégorie du droit, sont en réalité l'*affirmation de concepts absolument différents et opposés de l'esprit* historique : et ainsi, disparaissent les différences superficielles pour nous laisser apercevoir le véritable contenu.

Cette manière de concevoir les rapports entre le droit positif ou historique et le droit naturel nous permet de les rapprocher réellement l'un de l'autre, de les faire se pénétrer réciproquement.

Mais, seuls des exemples concrets pourront éclaircir ultérieurement (1) ce point. Pour l'instant revenons à nos développements sur le principe de rétroactivité. Nous avons découvert son fondement philosophique ; jetons à présent un coup d'œil sur l'ensemble des questions juridiques que régit ce principe. Une loi qui modifie la capacité personnelle ou qui en prive une catégorie d'individus modifie ainsi instantanément la capacité de tous les individus et l'enlève sur-le-champ à tous ceux qui en jouissaient précédemment, mais ne la possèdent pas d'après la nouvelle loi. Mais les actions individuelles entreprises antérieurement en vertu de cette capacité conservent leur plein effet et ne sauraient être annulées par la nouvelle loi.

Si donc une loi fixe à 25 ans la majorité qui antérieurement était fixée à 21 ans, il en résulte légalement que toutes les personnes âgées de 24 ans, qui, d'après la loi en vigueur jusqu'à ce moment, étaient majeures, perdent la capacité d'agir que leur conférait la loi. Ces personnes ne sauraient se plaindre ni du législateur, ni du juge, car ni l'âge, ni la majorité ne sont des *actes de la volonté*. L'âge est une qualité naturelle qui ne dépend pas de la volonté de

(1) Au cours de cet ouvrage, nous tenterons de démontrer, quand il nous sera possible de le faire sans trop de digressions, que ce qui est purement *positif* ou *historique* n'est qu'une dérivation nécessaire de l'idée de l'esprit historique spécial à chaque époque. Le plus bel exemple que nous aurons à citer, ce sera l'exposition complète du droit d'héritage, au deuxième volume.

l'individu. De même la fixation de cet âge comme terme où doit commencer la majorité est une disposition prise par le législateur, elle ne dépend également pas de l'individu. Il *semble* donc qu'une semblable loi puisse rétroagir et enlever aux individus la majorité déjà acquise et même, à parler net, — ce qui est indispensable ici, — il n'existe pas de majorité « acquise » (car ici ne se produit pas l'acte volontaire que suppose toute acquisition) ; nous nous trouvons ici en présence d'une simple capacité déterminée d'agir, qui disparaît complètement dès la publication de la nouvelle loi.

Aussi Savigny et Bornemann (1) pensent-ils à tort qu'une semblable loi, appliquée à des personnes déjà majeures, constitue une rétroaction inadmissible (pour les détails sur ce point, voir *Applications* III, 1).

Les actes accomplis antérieurement par ces individus, en vertu de leur majorité acquise à ce moment-là, subsistent de plein droit : autrement l'on annulerait et dénaturerait après coup des actes libres de la volonté. Remarquons combien il importe de ne jamais perdre de vue le concept indiqué et de ne pas le laisser s'ossifier en une formule nécessairement abusive (au point de vue de l'état personnel, de l'aptitude juridique). Si, en effet, la majorité résulte de la *déclaration de majorité*, qui peut être faite à la demande du père ou de l'intéressé lui-même par le conseil de tutelle (cf. code prussien, IIe partie, titre XVIII, p. 216 et IIe partie, titre XVIII, § 714 sqq.), elle ne peut évidemment pas être annulée par une loi ultérieure qui supprime les déclarations de majorité ou les soumet à de nouvelles conditions. Car, dans ce cas, la majorité a été acquise par des actes *individuels* qui ne sauraient être anéantis ultérieurement (2).

(1) Le § 720 du Code rural général, 2e partie, titre XVIII, découle, d'une façon évidente, du point de vue développé plus haut.

(2) Au cas où l'on penserait que l'action *propre* du mineur n'intervient pas ici, on n'aurait qu'à se reporter au § 2. Le père, comme le conseil de tutelle, agissent, en général, *pour* le mineur.

Qu'il nous soit permis de jeter à ce propos un coup d'œil sur l'émancipation. Celle-ci concerne, par ses conséquences, l'*aptitude juridique* des enfants et, par là, l'état de la personne. Quant à elle, elle est une institution qui découle du vrai droit familial. Savigny (VIII, 504, 500) en conclut que, de même que le moment où commence à s'exercer l'autorité paternelle, de même celui où l'émancipation vient y mettre un terme, doit toujours être fixé par les lois en vigueur à l'époque de l'émancipation.

Mais ici la question est de savoir *quelle est la cause* de l'émancipation ; cette cause déterminera la solution à adopter.

D'après le Code Napoléon (art. 372) l'autorité paternelle cesse de s'exercer *ipso jure* avec la majorité. Si donc l'âge requis pour être majeur est reculé, un certain nombre de

BARTOLE, *Comm. in Dig.*, lib. I, n° 28 (fol. 34, éd. Bas., 1589) : « Quarto quæritur, utrum liceat facere statutum super his ; quæ ab aliis statutis ejusdem civitatis sunt disposita ? Distingue : Aut statutum stat in simplici dispositione statuti, aut transit in *contractum vel quasi*. Primo casu per sequens potest statutum simplex revocari... secundo casu non potest revocari in præjudicium quasi contrahentis. Et intellige rationem contractus vel quasi, qui ex decreto vel statuto resultat. Et circa prædicta subjicio unam quæstionem, ad intelligentiam ipsorum. Statuto cavetur, quod qui venit ad habitandum in tali castro, habeat immunitatem perpetuo. Quidam venerunt ; nunc civitas vult revocare statutum, et vult ne illi gaudeant immunitate. Certe in præjudicium eorum qui jam venerunt, non potest revocari. Secus in his qui nondum venerunt. Nam dictum statutum transivit in contractum, vel quasi contractum, do ut facias, vel facio ut facias, id est concedo tibi immunitatem ut venias. Si aliqui venerunt, ex utraque parte perfectus est contractus, et ideo non est locus pœnitentiæ, sed antequam veniunt. »

Ce qui est juste dans la règle donnée par Bartole, c'est le rôle qu'y joue l'idée développée plus haut. Mais sa règle est trop large et trop étroite. Trop large — et pour cette raison l'exemple qu'il choisit est complètement faux, — comme on verra au § 7, où les limitations de cette loi découleront du développement concret de l'idée. On y verra également quelles sont les limites qu'impose une définition précise de l'idée à ce qui a été dit en passant sur l'émancipation par le mariage. Trop étroite, comme on le verra aux §§ 2, 6, etc.

personnes qui étaient majeures, retombent sous la puissance paternelle. Mais si l'émancipation, et l'aptitude juridique qui y est attachée, s'est produite sans doute *ipso jure*, comme conséquence d'un *acte volontaire* de l'émancipé (ce cas se produit d'après le Code Napoléon dans le mariage : art. 476 : le mineur est émancipé de plein droit par le mariage), elle ne peut plus être atteinte par une loi ultérieure parce qu'elle a été *acquise* à l'individu par un acte de sa volonté. Ce résultat peut encore être confirmé par une règle déjà donnée par Bartole ; d'après elle, une loi qui est en vigueur comme *contractus vel quasi contractus*, c'est-à-dire qui peut se ramener à la formule *do ut facias vel facio ut facias*, ne peut être supprimée par une loi ultérieure *in præjudicium quasi contrahentis*. Mais l'on peut précisément ramener à une pareille loi contractuelle toutes celles par où l'acquisition d'un droit ou d'un état dérive d'*actions* individuelles.

On aurait tort de croire que l'émancipation par le mariage, dans l'exemple précité, résulte de ce fait que, le mineur ne pouvant contracter un mariage sans l'autorisation de son père, le mariage implique que celui-ci se démet de son autorité.

Nous sommes ici en présence d'une coïncidence fortuite : et même si cette coïncidence ne se produisait pas, les conséquences au point de vue de l'aptitude juridique resteraient les mêmes, au cas où l'action individuelle, par laquelle celle-ci est acquise, n'a aucunement *besoin* du consentement paternel ; au cas où, par exemple, une loi de l'espèce que nous rencontrons dans Justinien dans la nov. 81 (1), proclamerait l'émancipation avec l'aptitude juridique qui en résulte, à la suite de certaines dignités et fonctions officielles. Dans ce cas, le consentement paternel n'intervient

(1) Chap. I. « Quapropter gravissima hac lege utentes sancimus ut ordinarii consules, si in potestate sint, simul cum verbo, quod ipsis hoc munus tribuit, *suæ potestatis fiant* ; præterea ut consularibus codicillis ab imperatore honoratis et sub manu parentum constitutis codicilli in causa sint, *ut sui juris fiant*, etc... »

pas. Mais les dignités et les fonctions sont acquises *par des qualités et des actes de l'individu.* Donc des lois ultérieures n'agissent pas sur l'aptitude juridique ainsi acquise, tandis qu'elles peuvent agir sur l'émancipation qui résulte simplement de l'âge. On ne peut donc pas dire, d'une manière générale, avec les juristes français, que l'aptitude de posséder des droits et d'agir est concédée aux individus par la loi. Elle peut être également acquise. Tout dépend ici de l'opération des distinctions conceptuelles dont nous avons parlé. On ne peut pas dire davantage, avec Savigny, que l'état de la personne prise en elle-même doive toujours être soumis à l'application de la nouvelle loi. On n'a qu'à rechercher si cet état a été accordé par la loi ou acquis par une action de la volonté individuelle. En voici une preuve catégorique. Rien n'intéresse plus vivement l'état personnel que la question de savoir si l'on est esclave ou libre. Or, les empereurs Dioclétien et Maximin (1) ordonnent que l'esclave qui, pendant 20 ans, a fait un usage honnête de sa liberté (*qui bona fide in possessione libertatis*, etc..) soit protégé contre les revendications de son maître et reçoive le titre de citoyen libre (*ut et liberi cives Romani fiant*). Personne ne soutiendra que ces mêmes individus auraient pu être atteints par la suppression de cette loi et redevenir esclaves après avoir mis 20 ans à conquérir leur liberté. Et pourquoi la situation de la personne en elle-même échappe-t-elle ici à l'action de la nouvelle loi ? Parce que ces esclaves ont *acquis* par prescription, par usucapion, c'est-à-dire, par une *action volontaire continue* la situation d'hommes libres. Ainsi seul ce motif conceptuel importait, et la formule relative à l'état personnel est juste le plus souvent, parce que dans la *majorité* des cas cet état a été concédé par la loi.

Considérons encore, d'après le même principe, une loi sur le mariage et le divorce. En tant que cette loi atteint les époux en altérant l'institution organique du mariage lui-même ; en tant qu'elle atteint les époux dans les qualités,

(1) L. II, « C. de longi temp. præscr. quæ pro liber ». (7, 22)

droits et devoirs généraux que *la loi concède à tous les époux*, la loi exerce une action immédiate sur les mariages existants. Mais, si la loi n'atteignait pas exclusivement et immédiatement les époux en modifiant ces qualités et ces droits qu'elle attache elle-même au *titre* d'époux, si elle les atteignait eux-mêmes, dans leur personne, dans des actions volontaires accomplies antérieurement, la loi ne pourrait leur être appliquée. Car ici son *application* serait une *rétroaction*.

Si donc une nouvelle loi supprime d'une manière générale le divorce, ou l'établit au cas où il aurait été interdit antérieurement; si une nouvelle loi modifie les droits et les devoirs personnels mutuels des époux (obéissance, protection, etc...) ces nouvelles dispositions s'appliquent immédiatement à tous les mariages existants. Car les époux ne sont atteints par cette loi que dans la mesure où l'institution elle-même du mariage, où les qualités générales, toujours conférées aux conjoints par la loi, sont altérées. La solubilité ou la dissolubilité du mariage est une *qualité accordée* exclusivement *par la loi* ; elle n'est pas le résultat d'actes des époux. Les époux sont atteints immédiatement par cette loi dans leur *qualité* générale et légale d'*époux*, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir une action volontaire spéciale.

De même, quand une loi établit de nouvelles causes de divorce ou en supprime qui existaient, elle s'applique dès sa publication à tous les mariages existants. Car ce n'est pas une action volontaire de l'individu qui décide du fait qui constituera un motif de divorce : c'est une disposition légale qui atteint l'institution du mariage elle-même. Donc les époux ne peuvent pas non plus, à ce point de vue, reprocher à la loi de rétroagir ; car, du moment qu'elle ne s'étend pas aux actions accomplies par l'un des conjoints avant sa publication, ces actions ne sont pas modifiées *ex post*, et si, à partir de ce moment, certaines actions sont considérées comme causes de divorce qui ne l'étaient pas antérieurement, l'individu reste toujours libre de ne pas accom-

plir dans la suite ces actions. La liberté humaine, le droit primordial de l'individu, qui est de connaître au préalable la nature de son action, n'est donc pas violé.

Mais si l'on prétendait avec Savigny (voir plus haut, p. 34) que les nouveaux motifs de divorce fussent également applicables au passé, on ferait rétroagir la loi d'une façon scandaleuse. Car, dans ce cas, une *action volontaire* de l'individu déjà accomplie recevrait après coup un autre caractère et aurait des conséquences différentes de celles qu'il connaissait en l'accomplissant ; et l'on pourrait ainsi reprocher au législateur ou au juge d'avoir porté atteinte à la responsabilité humaine (1).

Examinons l'action exercée par notre principe sur les contrats. Nous verrons tout d'abord que, en ce qui concerne leur forme, les contrats doivent toujours être jugés d'après les lois en vigueur au moment de leur stipulation, puisqu'ils constituent toujours des actions volontaires et libres. Pour la même raison, la teneur des traités sera toujours réglée, pour ce qui est de la validité, de la nature et des limites de son efficacité, des causes de caducité, par les lois en vigueur à l'époque du contrat ; cela toutefois dans la mesure où le contrat n'est pas soumis à certaines restrictions, qui du reste doivent découler de notre principe et non pas y déroger. Nous reviendrons plus tard sur cette question.

Notre principe est tout aussi efficace dans le droit public que dans le droit privé. Nous l'avons déjà constaté dès le début pour ce qui est du droit pénal. Il en est de même pour les autres parties du droit public.

Quand une loi établit de nouvelles conditions qui rendent la naturalisation plus difficile, cette loi ne s'applique nullement aux étrangers ayant obtenu leur naturalisation en se soumettant aux conditions établies antérieurement.

Mais s'il prenait fantaisie à un Etat d'accorder l'indigé-

(1) La Cour d'appel rhénane de Cologne n'a pas craint de s'exposer à ce très grave reproche dans une sentence du 22 juillet 1850, sentence confirmée, du reste, par la Cour de cassation de Berlin (20 juin 1851).

nat à tous les étrangers résidant à un moment donné sur son territoire, sans tenir compte de leur volonté, et si cette loi était ultérieurement abrogée, l'abrogation s'étendrait à ceux qui ont obtenu l'indigénat par la première loi (1)

(1) Supposer une semblable loi qui accorde l'indigénat à tous les étrangers, sans tenir compte de leur propre volonté, paraîtra peut-être puéril à première vue. On nous reprochera d'outrepasser les droits de la théorie qui peut, à l'appui de ses affirmations, invoquer les cas les moins vraisemblables. Mais il ne s'agit pas ici d'une supposition : des cas de ce genre avec toutes les conséquences extrêmement importantes qui en découlent se sont réellement présentés. Rappelons tout d'abord la Constitution de Marc Antonin, d'après laquelle tous les habitants de l'empire romain furent revêtus, sans autres formes, du titre de citoyens romains : (« In orbe romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt »), (cf. l. XVII, D. *de statu hominum*, I, 5). Personne ne contestera que, s'il avait plu à M. Antonin de revenir ultérieurement sur sa décision et de rétablir les distinctions antérieures, toutes les générations eussent été atteintes justement par cette suppression. On le contestera d'autant moins, que cet édit représente dans la juridiction antique un édit sur l'*aptitude juridique*. Cette aptitude juridique n'était malgré tout que la conséquence découlant de l'acquisition de la qualité de citoyen romain ; si donc cette qualité avait été acquise par des actes individuels ou par une manifestation de la volonté, elle aurait été à tout jamais irrévocable — ainsi que l'aptitude juridique qui en découle toujours. La véritable cause de la révocabilité de l'ordonnance de Marc Antonin ne réside nullement dans ce fait qu'elle réglait l'aptitude juridique comme une *conséquence* accessoire de la qualité de citoyen romain. Une semblable ordonnance aurait, chez nous, les mêmes effets, quoique dans la juridiction moderne, la collation de l'indigénat ne constitue pas une simple disposition relative à l'aptitude juridique. Chez nous, l'indigénat et l'aptitude juridique peuvent même être indépendants l'un de l'autre (cf. Code civ., art. 7). Ce cas se produisit d'une façon très nette à la suite des lois françaises du 30 avril 1790 et du 9 décembre de la même année (art. 24). La première ordonne que « tous ceux qui, nés hors du royaume, de parents étrangers, sont établis en France, *sont réputés Français*, et admis, en prêtant le serment civique, à l'exercice des droits de citoyens actifs, après cinq ans de domicile continu dans le royaume, s'ils ont, en outre, ou acquis des immeubles, ou épousé une Française », etc...

Merlin a démontré, d'une façon irréfutable, que cette loi ne fait

(abstraction faite, naturellement, de ceux qui auraient acquis cette qualité avant l'abrogation, par une déclaration ex-

dépendre de la prestation du serment civique que l'exercice des droits civiques, mais que la qualité de Français n'en dépend pas et est accordée à tous ceux qui sont domiciliés en France depuis cinq ans et qui, en outre, ont acheté un immeuble ou épousé une Française.

Cette loi n'était-elle applicable qu'à l'avenir ou bien atteignait-elle aussi tous ceux qui avaient résidé pendant cinq années continues en France *avant sa publication* et, en outre, avaient épousé une Française ? Ces derniers, qui n'avaient pu prévoir cette conséquence, devenaient-ils aussi Français, indépendamment de leur volonté ?

Dans un plaidoyer que nous aurons bientôt à citer, et qu'il prononça comme procureur général devant la Cour de cassation de Paris, Merlin a soutenu cette dernière affirmation. Ce fut même là un des axes principaux autour desquels tourna le fameux procès du commandant de Mac-Mahon contre son épouse divorcée, Mme de Latour. Ce procès fut porté devant trois Cours d'appel différentes et deux fois la Cour de cassation de Paris eut à intervenir. Merlin soutint contre le père du vainqueur de Magenta l'accusation de double trahison vis-à-vis de la France et de l'Angleterre et de faux dans son contrat de mariage. Il s'agissait, dans ce procès, de savoir si, au moment de la publication de la loi du 20 avril 1790, Mac-Mahon avait déjà résidé cinq années en France et épousé une Française ; si cette loi lui avait donné, sans que sa volonté intervînt, la qualité de Français, et si, par conséquent, lorsqu'il quitta la France deux années plus tard, les lois de l'époque relatives aux émigrés lui étaient applicables. Ainsi se présentait le cas que nous avons supposé dans le texte. La Cour d'appel d'Orléans, dans un jugement très bien motivé (11 thermidor an XIII), rendit la sentence suivante : « Attendu — qu'un acte de naturalisation est un véritable *contrat* entre le gouvernement qui adopte et l'étranger adopté, que ce contrat, comme tous les autres contrats, exige un *consentement mutuel et réciproque* ; que ce consentement doit être formel ou résulter d'actes exprès et positifs, d'où il suit que toute disposition générale, qui *déclarerait naturalisée* telle ou telle classe d'individus ne *pourrait s'appliquer réellement qu'à ceux des individus* qui en auraient *réclamé* ou *accepté* la faveur ou l'application. »

La justesse de ces motifs saute aux yeux. Néanmoins Merlin, qui avait déjà provoqué dans ce procès, un jugement en cassation, s'éleva avec force contre eux devant la Cour de cassation siégeant toutes Chambres réunies. D'après lui, Mac-Mahon aurait dû dire immédia-

presse de leur volonté, ou par des actes concluants — établissement ultérieur de domicile, création d'une indus-

tement après la publication de la loi : « Puisque l'on veut que, d'après mon domicile, je sois Français, je vais quitter le territoire d'un gouvernement dont je ne veux pas accepter l'adoption qui m'est offerte. » Merlin oublie que si Mac Mahon, devenu Français, à la suite de la loi du 30 avril 1790, avait immédiatement quitté la France, il serait immédiatement tombé sous le coup de la loi sur les émigrés, que, par conséquent, il n'y aurait rien eu de changé à sa situation et que la résidence continue dans un pays — abstraction faite d'autres circonstances — n'implique pas nécessairement l'acceptation de l'indigénat. Merlin affirme que le consentement de l'individu ne joue aucun rôle dans la naturalisation et il se réfère sur ce point à la loi du 5 ventôse an V, qui avait déclaré citoyens français, sans les consulter, tous les habitants de la région flamande conquise et incorporée à la France. Il oublie que la loi, par laquelle un *Etat* accorde la nationalité aux enfants de ses propres citoyens ou aux citoyens de territoires conquis, est et doit être une *loi cogente*, à laquelle l'individu peut se soustraire en se soumettant aux formes déterminées des lois d'émigration, mais que la situation d'un Etat en face de personnes appartenant à des nations étrangères est toute différente.

Grâce à la supériorité de son savoir et de son talent, Merlin gagna la bataille contre Mac-Mahon, malgré l'opposition des Cours d'appel de Paris et d'Orléans. Il ne dut pas sa victoire à la cause de cassation qu'il invoquait, mais à d'autres considérations. Et même, dans ses deux arrêts du 30 pluviôse an XIII et du 22 mars 1806, la Cour de cassation évite de se prononcer sur la question de savoir si Mac-Mahon était citoyen français, question sur laquelle reposait pourtant l'appel en cassation. Et tandis que, dans sa deuxième séance, toutes Chambres réunies, elle ne retenait expressément que le quatrième moyen de cassation, déclarant que Mac-Mahon ne pouvait pas s'y soustraire « sous le prétexte qu'il *est* étranger », parce que celui-ci est applicable « contre tous les individus, soit français, soit étrangers », elle a nettement affirmé son opinion, différente sur ce point de celle de Merlin (cf. les deux plaidoyers de Merlin dans cette cause, imprimés dans son *Répert. de jurispr.*, v° *Divorce*, section 4, § 10, t. IV, p. 664-709). On constate à la lecture du premier arrêt de la Cour de cassation — quoiqu'elle ne se prononce pas expressément sur ce point — que, malgré la loi du 30 avril 1790, elle considérait Mac-Mahon comme un étranger, car le président de section de la Cour de cassation, qui rendit cet arrêt, Malleville, déclara plus tard que la Cour avait considéré Mac-Mahon *quoique*

trie, etc.., — et qui par une action libre et volontaire en auraient fait leur *propriété individuelle*; car peu importe

étranger, vis-à-vis de sa femme comme un « absent rentré » (voir MALLEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, art. 234).

Mais, dans le cas même où l'on aurait été du même avis que Merlin, d'après lequel Mac-Mahon avait reçu, d'une *façon cogente*, le titre de citoyen français, la Constitution du 3 septembre 1791, tit. II, art. 3, avait déjà, par une légère modification au texte de la loi, dérogé à cette loi et rattaché la naturalisation à la libre volonté de l'individu. Le passage relatif à la prestation du serment civique avait été remanié; désormais, indépendamment des autres conditions à remplir, il fallait prêter le serment civique pour être considéré comme citoyen français : donc la volonté individuelle intervenait. Et l'on pouvait en déduire — quoique Merlin ait négligé, semble-t-il, de recourir à ce moyen — que la *contrainte* de la loi de 1790 était supprimée. Il ne suffit pas de dire, avec Merlin, que la nouvelle Constitution « de même qu'elle ne *prive* pas les étrangers de la naturalisation qu'ils avaient *obtenue* avant 1789, par les lettres-patentes du roi, de même aussi elle ne les *dépouille* pas de celle qu'avaient purement et simplement attribuée les lois des 30 avril et 9 décembre 1790 ». Ces expressions « priver » « dépouiller » ne sont même pas exactes, car elles supposent une action de priver contraire à la volonté de l'individu. Ce qu'il s'agit de savoir, c'est ceci : un Etat a naturalisé un individu sans se préoccuper de sa volonté antérieure ni de son acceptation postérieure à la naturalisation; cette *contrainte* ne cesse-t-elle pas au même moment pour tous les individus qui n'ont pas accepté la naturalisation, dès que l'Etat *renonce à la loi cogente?* La réponse à la question posée de cette façon ne saurait être douteuse. L'on ne peut pas déduire la persistance de la contrainte du droit de l'individu, quand celui-ci n'a pas voulu au préalable ou n'a pas accepté après coup, c'est-à-dire précisément quand il a été contraint. Elle ne peut pas continuer à être déduite du droit de l'Etat après que celui-ci a abrogé la loi cogente. Sur quoi pourrait donc être fondée la persistance? L'effet de la contrainte exercée par l'Etat, d'après laquelle Mac-Mahon *était réputé* Français, persiste évidemment aussi longtemps que l'Etat *maintient* le point de vue de la contrainte; il cesse dès l'instant où il l'abandonne. Cette loi n'a pas agi, comme dit Bartole, en qualité de contrat, mais en qualité de loi, et son effet disparaît avec la loi elle-même. Et même tout contrat est supprimé quand les deux parties se désistent. Le point de vue opposé — celui de

que le droit *résulte* de l'action individuelle ou qu'il découle primitivement de la loi ; et que l'individu l'acquière et se l'approprie par des actions *ultérieures* (cf. à ce sujet le § 3). Ce n'est donc pas dans la loi qui *reprend* à des étrangers des droits acquis que se trouve une rétroaction, mais dans la première loi qui, s'appuyant sur la durée de leur séjour, a donné à un acte de leur volonté une conséquence qu'ils n'ont point voulue (et par surcroît a privé ces étrangers de la jouissance du droit civil dans leur propre patrie).

De même une nouvelle loi qui restreint les droits électoraux est appliquée également à tous les citoyens ; mais tous les votes auxquels ils ont pris part, conformément aux dispositions de la loi antérieure, ne sont pas annulés ; les actions individuelles conservent leur plein effet.

L'on voit en même temps que ce principe répond à toutes les conditions qui à notre avis (voir page 31 sqq.) sont nécessaires pour qu'il y ait vraiment *théorie*. Nous demandions que les deux principes, celui qui détermine les cas où les lois doivent être immédiatement appliquées et celui qui détermine les cas contraires, pussent se ramener à une *idée juridique commune*. Là seulement il y a vérité — et par suite *théorie*, où cette idée unique fait jaillir de son propre fond les cas différents, de sorte que l'idée de *non-rétroactivité* fixe elle-même les cas où une nouvelle loi doit

Merlin — aboutit à une conséquence absurde : sans doute, par la loi cogente de 1790 l'Etat a pu agir immédiatement et par suite — puisqu'il n'est pas tenu compte de la volonté des individus — *rétroagir* sur les étrangers, non seulemeut sur ceux qui seraient à l'avenir, mais encore sur ceux qui se trouvaient *présentement* dans les situations prévues par lui ; mais, d'après ce point de vue, la loi ultérieure — la Constitution de 1791 — qui fait dépendre la naturalisation d'un acte de volonté individuelle, a *moins deforce* que la première et ne peut pas agir présentement, mais seulement dans l'avenir, sur la situation de contrainte créée par cette loi antérieure.

Tout au plus l'on aurait pu admettre que Mac-Mahon avait été Français pendant l'intervalle qui sépare la loi de 1790 de la Constitution de 1791, mais non plus à l'époque de sa fuite (1792).

immédiatement être appliquée. En fait, c'est là le but atteint par le principe que nous développons, car, au lieu de représenter une simple formule, il constitue l'*idée juridique de non-rétroactivité.*

Nous n'avons plus ici devant nous deux règles superficielles, dont l'une fixe les cas où il doit y avoir non-rétroactivité, l'autre les cas où elle ne peut se produire. Nous ramenons tout d'abord la règle de non-rétroactivité au *concept* de non-rétroactivité lui-même, de sorte qu'elle indique en même temps sur *quelle* idée juridique *suprême* le principe de non-rétroactivité est fondé et pourquoi ce principe est *vrai* (cf. plus haut p. 65 sqq). En outre, les *deux* règles, qui déterminent les cas où le principe d'entrée en vigueur immédiate des lois doit être appliqué, sont élevées ainsi à *une unité conceptuelle*; et les *deux* principes eux-mêmes, au lieu de continuer à s'opposer l'un à l'autre, le premier étant applicable à tel domaine du droit, le second à tel autre, sont ainsi ramenés à une *unité intime*, à une *idée juridique* commune. En troisième lieu nous aboutissons au résultat, aussi bien conceptuel que pratique, suivant : d'une façon générale la véritable rétroactivité, qui existerait par elle-même, ou qui serait soit une exception, soit une *classe d'exceptions* au principe de non-rétroactivité, n'est pas possible; c'est le principe de *non-rétroactivité* lui-même qui *fixe* les cas où les nouvelles lois doivent être immédiatement appliquées, et une semblable application découlant de ce principe lui-même ne constitue qu'une *action* momentanée et non plus une *rétroaction*.

II. — Le concept et son extension.

§ 1. — *Extension des actes volontaires.*

Si donc les actions volontaires des individus ne doivent pas être atteintes par des lois ultérieures, ou, ce qui revient

au même, si seuls sont des droits *acquis* les droits que l'individu obtient par des actions volontaires et libres, il pourra nous sembler à première vue que de simples événements (par exemple la propre naissance de l'individu, la mort d'autres personnes) ou des actes de tierces personnes — qui par rapport à l'individu sont de simples événements — que ces faits que l'on peut appeler, pour les distinguer des *actes* volontaires, des *faits* juridiques, ne sauraient donner à l'individu des *droits acquis*. Si l'on voulait déduire une semblable règle du principe ci-dessus développé, cette règle serait juste d'une manière générale ; mais, comme toute règle, elle souffrirait de nombreuses exceptions, tandis que le principe lui-même n'en souffre *aucune* ; bien plus, comme nous l'allons voir, c'est lui-même qui fait surgir, par sa propre activité, ces exceptions à la règle.

Car il existe certains droits qui, en apparence, se rattachent à des événements ou à des actes de tierces personnes, qui paraissent résulter de *facta aliena* et que la jurisprudence considère, d'*après leur nature intime, comme des actions propres de la volonté individuelle*.

S'il en est ainsi, notre concept exigera naturellement — et c'est là une preuve éclatante de sa valeur logique — que seuls des droits qui sans doute, dans leur apparence extérieure, semblent résulter des actes de personnes étrangères, mais que la loi considère comme reposant sur des actions volontaires de l'individu lui-même, constituent des droits acquis et par conséquent ne puissent être atteints par une loi ultérieure.

Et il en est effectivement ainsi. Examinons donc à présent ces apparentes anomalies et *réduisons*-les à leur vraie nature de strictes conséquences de notre concept.

A. — **Droit d'héritage et de famille ; Représentation des personnes.**

A cette catégorie appartiennent tous les droits que l'individu acquiert par le simple fait de sa naissance ou de la

mort d'autres personnes, et qui lui sont transmis par le *droit de famille*. Les droits transmis de la sorte sont acquis à l'individu, conformément à la conception juridique de l'*identité substantielle qui règne dans la famille entre les personnes et les volontés de ces personnes*. En vertu de cette identité, le droit *considère l'acte volontaire valable d'un seul membre de la famille comme l'acte volontaire de tous les autres membres*.

Se produit-il une succession, celle-ci paraît à première vue être la conséquence d'un simple événement, la mort du testateur. Mais, en réalité, l'acquisition est basée ou sur la dernière volonté exprimée du testateur — héritage testamentaire — ou sur cette volonté présumée par la loi — héritage *ab intestat*. Ainsi l'acquisition d'un héritage est le résultat d'un acte volontaire du testateur (1) qui, en vertu de cette identité qui domine tout le droit familial, apparaît comme l'acte propre de l'héritier lui-même (2).

Ainsi, l'on ne saurait considérer le droit d'héritage comme un droit découlant d'un événement ou d'un acte d'une tierce

(1) Nous devons nous contenter ici de ces distinctions abstraites qui ne tiennent aucun compte de la réalité concrète et qui, pour cette raison, ne sont pas justes. Nous ne pourrons établir des distinctions justes qu'au 2e volume.

(2) Si une loi exclut tout héritage testamentaire et ne reconnaît que les héritages *ab intestat*, on ne saurait dire que ceux-ci représentent une volonté présumée du testateur. Ici le droit des héritiers ne résulte pas de la mort, mais de leur *propre naissance* ou de l'*acquisition de la propriété*. La propriété est considérée d'avance comme la propriété commune de la famille, et la volonté de lui donner ce caractère apparaît comme la volonté commune de tous les membres de la famille. Il en est de même pour la propriété que possèdent déjà les parents au moment de la naissance de l'enfant. La naissance est pour l'enfant un simple événement (être enfanté). Mais cet événement se résout bientôt en une action (l'action d'enfanter) de la part des parents, par laquelle la propriété actuelle est posée comme propriété commune de la famille qui vient de se constituer, et cette action de volonté apparaît, en vertu de cette identité immédiate, comme l'acte de volonté commun de tous les membres de la famille.

personne ; ce n'est là qu'une apparence. En réalité, au *regard de la spéculation*, il est fondé primitivement sur l'acte *volontaire* accompli par l'*héritier* en vertu de l'identité de la famille.

La *preuve positive* des affirmations qui précèdent ne pourra être déduite que de l'étude approfondie du droit d'héritage. Cette étude fera l'objet du deuxième volume, où nous considérerons ce droit autant au point de vue de sa signification philosophique qu'à celui de la diversité d'aspects de son *esprit historique*. Nous aurons alors à exposer nos preuves d'une façon rigoureusement scientifique. Pour l'instant contentons-nous de considérer les affirmations qui précèdent comme de simples postulats, dont non seulement la preuve, mais encore le sens *profond* et les *différences intimes* seront seulement développés au deuxième volume.

Mais, d'après ce qui précède, l'on ne saurait déjà plus qualifier d'arbitraire cette transformation du droit d'héritage en une *action volontaire* de l'héritier. En outre, elle ne serait qu'une conséquence nécessaire et spéculative de ce qui a déjà été dit d'autre part sur l'identité des personnes, qui constitue l'essence de la famille ; on en trouve une preuve sensible dans la doctrine de la *représentation*, d'après laquelle ce qui a été acquis par l'enfant ou l'esclave romain est considéré, en vertu de l'identité des personnes, comme l'acquisition légitime du père ou du maître.

Le droit d'héritage n'est que l'application la plus importante de cette *transmission* par le droit de famille, et ce qui vient d'être dit s'applique également aux autres droits acquis par l'intermédiaire du droit de famille, comme l'acquisition de l'indigénat par la naissance. L'acquisition de l'indigénat par la naturalisation ou par l'établissement de domicile apparait aussi extérieurement comme une acquisition par un acte de la volonté individuelle ; on comprend donc aisément que des lois ultérieures ne puissent pas l'atteindre. Tandis que l'indigénat acquis par la naissance semble résulter, comme la majorité, d'un simple événement,

et par conséquent découler, non pas d'une action individuelle, mais uniquement de la loi : il doit donc pouvoir être supprimé par une loi ultérieure. Mais il n'en est rien. Nous avons déjà remarqué que la naissance n'est pour l'enfant qu'un événement auquel il est passivement soumis ; elle est pour les parents qui l'engendrent une *action* libre. La naissance n'est pour l'enfant qu'un *état*; elle est chez les parents un *acte volontaire*. Or, en vertu de l'*identité* immédiate de la *volonté des personnes*, les droits légitimes qui sont attachés pour l'enfant à l'existence lui sont en même temps transmis par un acte de volonté individuelle qui s'identifie avec la sienne.

Il est évident qu'il en sera de même, si l'enfant est émancipé de la puissance paternelle par le père lui-même : en apparence, c'est également là un droit qui découle de l'acte d'une tierce personne ; mais en vertu de cette identité immédiate de volonté il doit être considéré comme un acte de volonté de l'enfant ; c'est pourquoi il ne saurait être annulé ni par un changement de volonté ultérieur du père, ni par une loi ultérieure, ni par une semblable loi accompagnée de l'assentiment du père.

Nous avons déjà dit un mot de la doctrine de la représentation personnelle qui repose sur la même base abstraite.

Donc ce que le *pater familias* a une fois acquis par l'intermédiaire de l'enfant ou de l'esclave, chose qui semble à première vue être une acquisition faite par un tiers et découler par conséquent de la loi, ne saurait lui être enlevé rétroactivement dans la suite, par une loi abolissant l'autorité paternelle ou l'esclavage, ou bien supprimant cette *représentation*, en vertu de laquelle ce qu'il a acquis est considéré comme acquis par ses propres actes individuels.

B. — Actions non voulues, dol, violence, erreur véritable et non véritable, ignorance du droit et du fait. Actions édiliciennes et condictions (1).

a) Droits acquis, non pas par des actions de tierces personnes, ni par des actions de l'individu lui-même, mais

(1) Le développement qui va suivre sur les actions non volontaires, motivées par la violence, le dol, l'erreur, pourra paraître superflu à première vue : en effet, comme les lois relatives à ces actes ne peuvent jamais atteindre l'individu que par l'intermédiaire d'une action individuelle, leur rétroactivité est déjà exclue par le principe formulé au § 1. Mais, comme dans tous les cas cités, la *volonté* et l'*acte* sont en désaccord, comme la volonté de l'individu *s'oppose* à son action extérieure ; comme d'autre part, l'individu ne peut, d'après la théorie développée jusqu'ici, acquérir de droits que par un *acte de sa volonté*, l'on pourrait considérer comme une contradiction intime de notre théorie, que l'individu puisse acquérir ici des droits par un acte non voulu et *exclusivement extérieur*. Car, dans ce cas, ce ne serait pas la volonté qui serait cause de l'acquisition, et l'on ne verrait plus d'où doit découler en réalité l'acquisition dans la présente théorie. Si donc l'on admettait également que des lois ultérieures ne peuvent atteindre des actions provoquées par la violence, la fraude et l'erreur — quoique les opinions des jurisconsultes varient sur cette question — et si, en outre, l'on était obligé d'admettre que la formule de notre principe doit aussi régler cette matière, la coïncidence serait ici tout *extérieure* et serait contraire au sens profond de la théorie. — Si donc l'on veut *réellement* réunir toutes les conditions requises pour l'édification d'une théorie, l'on devra éliminer ce qui n'est ici qu'apparence, et montrer que ce n'est pas en réalité l'acte extérieur de l'individu, mais son *acte intérieur de volonté* qui lui acquiert ce droit, en dépit même de son *acte extérieur*. Certes, il s'agissait, pour arriver à cette vérité, d'éliminer les idées erronées qui règnent sur la violence, le dol, l'erreur ; on ne pouvait, d'autre part, aboutir à ce dernier résultat qu'en faisant découler, en un développement aussi succinct que possible, cette théorie de l'idée abstraite de volonté. D'autre part, un semblable développement était encore nécessaire pour expliquer comment et pourquoi des lois extérieures ne peuvent rétroagir sur des *omissions* (voir C) erronées ou non libres. Car, même si nous avions voulu nous contenter de la coïncidence *extérieure* de la for-

que la loi lui concède et qui semblent découler exclusivement de celle-ci. Après examen attentif l'on constate qu'ils sont fondés sur l'*existence du libre vouloir individuel* et qu'ils sont *acquis par l'intermédiaire* de celui-ci : donc conformément au principe développé plus haut, ils ne peuvent être modifiés par des lois ultérieures.

Ce cas se produit quand la loi annule certaines actions de la volonté à cause de l'absence de volonté (erreur sur la personne, *error in corpore, error in substantia*). Ici, en effet, une action différente de celle qui a été *voulue* a été *faite*. Certes, l'acte extérieur de l'individu ne pourrait pas lui donner de droit à l'annulation du contrat, mais à son maintien. Mais l'acte *intérieur de volonté*, qui s'oppose à l'acte accompli, lui donne ce droit à l'annulation de l'acte qui *n'a pas été voulu*. Aussi, si l'on voulait appliquer à un contrat antérieur une loi contre une semblable erreur *in substantia*, il y aurait rétroaction par le fait qu'un acte *non voulu* serait transformé, par la loi ultérieure, en acte voulu et *imputé* à l'individu comme tel.

b) Les droits que l'individu tient en apparence des actes de tierces personnes, et conséquemment de la loi, mais qui en réalité lui sont procurés par l'exercice de sa propre liberté de vouloir, sont de nature analogue.

A cette catégorie appartiennent tout d'abord l'*action* accordée par la loi, l'opposition ou l'action en restitution pour cause de violence (1).

mule, cette coïncidence n'aurait même pas lieu ici : car dans les omissions, on n'aurait pas même une action individuelle extérieure, par laquelle serait exclue l'action de nouvelles lois. Enfin ce développement était encore nécessaire pour montrer que, sans qu'il y ait inconséquence intime, la loi qui règle les actions provoquées par dol, malgré la nature délictueuse du dol, devait être différente de celle qui est appliquée aux obligations résultant de délits.

(1) Dans le troisième volume de son système (et appendice VIII), Savigny a présenté, avec beaucoup de finesse, la doctrine de la violence, du dol, de l'erreur, sous un point de vue qui a été généralement adopté. Il démontre justement que l'erreur de fait dans

Si un individu est contraint à un acte, celui-ci semble à première vue pouvoir être considéré néanmoins comme une manifestation de sa volonté. Car cet individu pouvait ou résister à la violence ou supporter ce dont il était menacé. Et ainsi, la violence apparaîtrait comme un simple *motif* de la volonté, et ne l'exclurait pas (*coactus volui*) (1).

le motif est utile non dans tous les cas, mais dans certains cas déterminés, ce qui le conduit à un résultat erroné : il ne voit un manque de volonté que dans les déclarations non intentionnelles de la volonté, et même dans les cas où l'erreur est *utile*, il considère cette utilité, non pas comme un résultat de manque de volonté, mais comme une *équité extérieure* ; en outre, il ne considère pas la violence et la fraude comme supprimant le vouloir libre : mais les moyens légaux employés contre elles ne sont à ses yeux qu'une *garantie juridique positive contre l'immoralité*. Cette doctrine a généralement été adoptée, dans toutes ses parties, par exemple par Puchta, Vangerow, Böcking, etc... Néanmoins, à part la légère réserve faite plus haut, nous sommes obligés de nous élever très nettement contre elle, car, à notre avis, c'est une doctrine qui découle exclusivement de la méconnaissance du concept de volonté. Relativement à la violence et au dol, on pourrait déjà réfuter l'opinion de Savigny par cette courte remarque : l'*immoralité dans le domaine de la volonté*, c'est la *suppression de sa liberté*, et il n'existe pas vis-à-vis de la volonté d'autre espèce d'immoralité. Mais la véritable réfutation sera faite au moyen de l'exposition organique et constructive, qui, partant de l'idée de volonté, développe toutes ces institutions juridiques, avec leurs exceptions et leurs particularités, comme des conséquences nécessaires de cette idée de volonté, et peut ainsi les résoudre en celle-ci. Ce n'est donc pas dans nos remarques, où nous aurons çà et là, mais le moins souvent possible, à critiquer Savigny, qu'il faut chercher notre réfutation, mais dans notre exposition objective qui va suivre.

(1) L. XXI, § 5, *quod metus* (4,2) : « Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, qui quamvis si *liberum* esset, *noluissem tamen coactus volui ;* sed per Prætorem restituendus sum, et abstinendi mihi potestas tribuitur. » Ainsi même, d'après ce texte, la restitution est toujours accordée contre l'action. Mais il n'y a certainement aucun rapport entre ce que dit Savigny (III. 103) et ce passage l. XXII, *de ritu nupt.*, 23,2) : « Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit

Mais si l'on saisit bien le concept de la volonté libre, voici ce que l'on constate : L'idée de volonté est celle d'une *détermination de l'individu* par lui-même. Mais cette détermination de l'individu par lui-même cesse si un *deuxième individu*, empiétant d'une façon illicite (1) sur celle-ci, transforme le premier *moi* qui se détermine par lui-même en un autre *moi déterminé par une volonté étrangère*. — Si au contraire la crainte n'est pas suggérée par une menace d'une autre personne, et si elle résulte de la propre réflexion de l'individu qui agit, il est évident que cette crainte ne supprime pas le libre arbitre et par conséquent ne saurait affaiblir l'effet du traité conclu. Car, comme elle est posée par la *propre opération de la pensée de l'individu*, elle apparaît comme sa *propre détermination libre* et, pour cette raison, devient un *motif* volontaire de celle-ci, indifférent en droit (2). Ainsi, les moyens légaux que fournit la

tamen matrimonium quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur. » D'après ce qui précède (voir A), la raison en apparaîtra aisément, car même si le père n'a pas le droit de forcer son fils à se marier (l. XXI, *ib.*), l'identité qui règne dans la famille, jointe au droit paternel d'autorisation, fait qu'un individu n'est pas déterminé par un individu qui lui est *étranger* : donc, il n'y a pas *violence*.

(1) Ce n'est pas le cas, si je m'adresse à la *raison de l'individu lui-même*, c'est-à-dire à l'individu qui se détermine lui-même, en l'instruisant, en le convainquant ; ce n'est également pas le cas si je lui adresse une menace sans importance et invraisemblable, car celle-ci est déjà dépouillée de son effet sur la propre détermination par la raison de l'individu, — et cette raison n'est pas atteinte dans la violence.

(2) Donc, quand Savigny (III, 103), pour démontrer que la violence ne supprime pas le libre arbitre, dit : « Si la volonté était exclue par la crainte, il serait *sans aucune importance* que cette crainte surgît spontanément de l'âme de l'individu ou qu'elle lui eût été inspirée par une menace étrangère, puisque dans les deux cas l'état d'âme de celui qui craint est le même. » Cette conclusion spécieuse repose sur une méconnaissance complète de l'*idée formelle de volonté*, qui n'est autre chose que celle de *détermination de l'individu par lui-même*.

loi contre les actes provoqués par la violence (1) reposent sur la façon de concevoir la loi de l'existence du libre arbitre individuel.

(1) Il ne nous appartient pas d'examiner ici la diversité formelle des multiples moyens légaux dont dispose la loi contre cette violence. Nous devrons nous en tenir ici à une observation générale, aussi bien à propos de la violence que de la fraude : la diversité de ces moyens légaux ne peut jamais leur enlever leur caractère fondamental d'être, dans le contrat issu de la violence ou de la fraude, des moyens dérivant de la conception légale d'absence de *libre arbitre*, c'est-à-dire d'absence de *détermination par soi.* Si le contrat issu d'une erreur essentielle (absence de volonté) est nul de plein droit, si au contraire celui qui est issu de la *violence* et de la *fraude* ne l'est pas et s'il est nécessaire, pour l'annuler, d'exercer une action en rescission, on pourra croire à première vue que le droit romain ne juge pas qu'il y ait absence de volonté dans les contrats issus de la violence et de la fraude, que d'après lui, au contraire, l'acte volontaire du contrat doit être aboli au préalable par un acte positif spécial. Ce n'est là qu'une apparence spécieuse que dissipera un examen attentif. Car, comme je puis opposer au contrat issu de la violence et de la fraude, quand cette opposition suffit pour mon but pratique, la simple *exceptio doli*, céla prouve que, sans annuler extérieurement ce contrat, je puis le considérer comme *n'existant pas pour moi.* La raison véritable pour laquelle un contrat est nul en l'absence de consentement, et non pas en cas de violence et de fraude est la raison suivante, qui découle précisément de l'idée de libre arbitre : quand il n'y a pas consentement, il y a un malentendu de part et d'autre et conséquemment pas de volonté. Aussi un pareil contrat doit être absolument nul. Par contre, dans le contrat issu de la violence ou de la fraude, il y a de la part du *fraudeur* une action posée partout par sa propre détermination. Par conséquent, *cette action doit continuer à rester obligatoire pour lui puisqu'elle résulte de sa propre détermination*, au cas où, par suite d'un changement de circonstances, la personne dupée y aurait intérêt. Seule, cette dernière a le droit, puisque son libre arbitre n'a pu s'exercer, de considérer le contrat comme n'existant pas (*exceptio*) ou de l'annuler en fait par la rescision. Si donc l'idée de libre arbitre est conçue comme idée de la *détermination individuelle par soi*, elle exige précisément que ce cas soit traité de façons différentes. — Mais remarquons que la victime de la violence ou de la fraude n'est pas tenue de déposer une plainte en dommages-intérêts contre l'action immorale de l'autre (*actio doli*, etc.), que cette plainte n'est que *subsidiaire* et que toutes les négociations peuvent

Ainsi, d'après la loi, il n'y a pas, dans une manifestation ontrainte de la volonté, de volonté se déterminant elle-ıême, et, par conséquent, pas de véritable volonté. i telle est l'expression théorique d'un fait positif, oici comment ce fait peut s'exprimer lui-même : 'homme soumis à la violence n'a pas voulu accomplir 'acte ; mais il a voulu par l'*apparence* de cet acte e soustraire à une menace, comptant bien, du reste, sur les ɔis de restitution (*...timore coactus fallens adierit heredita-em*) (1). C'est pourquoi l'application de lois ultérieures ompliquant les conditions requises pour qu'il y ait vio-ence transformerait un acte non voulu par l'individu, que a propre détermination pouvait révoquer, en un acte irré-vocablement voulu.

c) Il en est de même des moyens légaux contre le *dol*, ue ces moyens soient la plainte, l'opposition ou l'action n restitution.

Voici en quoi consiste la fraude : une tierce personne provoque, de propos délibéré, chez l'individu qui agit, une erreur relativement au fait qui détermine sa volonté. Ici encore cette fausse représentation provoquée de la sorte pourrait paraître, à première vue, n'être qu'un motif de la volonté ; par suite, elle ne porterait pas atteinte au libre arbitre.

Et effectivement, c'est ce qui se produirait en général si la fausse représentation n'était pas l'*œuvre* d'une tierce personne, s'il y avait erreur, et non dol (2). Mais quand une

être annulées par l'action ordinaire en annulation de contrat (L. XI, § 5 *de act. emt. vend.* ; l. V, VIII, X C. *de resc. vend.* ; l. X C., *de distr. pign.* ; l. XXIII, *loc. cond.*, etc.). C'est là une preuve très solide, qu'il ne s'agit pas ici d'une garantie édictée par des lois positives contre un préjudice résultant d'une action positive immorale d'un tiers, mais qu'il est question du manque d'efficacité de la *propre* action de l'individu, résultant de son propre manque de volonté.

(1) L. VI, § 7, *de adquir. vel omitt. her.* (29,2).

(2) Ce cas est parallèle au rapport développé ci-dessus entre la simple crainte et la violence.

personne étrangère vient fausser la conscience d'un individu, la volonté est atteinte dans sa racine, qu'est la connaissance (v. plus haut p. 48 sq.).

Il était auparavant un être capable de se déterminer lui-même ; il devient à présent un sujet déterminé par un autre sujet, et, dans ce cas, il ne peut plus être question de son libre arbitre (1).

(1) L'on peut déduire immédiatement une distinction entre la fraude et la violence, de la définition du concept qui précède. Dans la fraude, la détermination de soi disparaît par le fait que, non pas la volonté elle-même, mais la connaissance qui la détermine — et *par elle* la volonté — a été ravalée par un sujet étranger, grâce à la fausse représentation, à n'être plus qu'un sujet déterminé par un autre. Comme l'action ne s'est pas exercée ici *immédiatement* sur la volonté, l'on pourrait croire que l'individu était libre d'écarter la fausse représentation qui abusait la connaissance (par un examen plus attentif). Puisqu'il ne l'a pas fait, l'on peut dire que *son propre bon vouloir* a permis que sa conscience fût abusée. Si donc l'on va jusqu'à identifier le bon vouloir avec le libre arbitre, et si l'on considère l'*absence de connaissance comme résultant du bon vouloir et de la détermination de l'individu par lui-même*, deux choses devront se produire relativement au contrat issu du dol Il sera à la fois valable et nul. Vis-à-vis des contractants innocents de la fraude, le contrat paraîtra valable, car vis-à-vis d'eux, la détermination spontanée de celui qui agit n'était pas disparue ; mais relativement à eux, le contrat paraît posé par la volonté, chez le sujet agissant, de *laisser* égarer sa connaissance, volonté qu'ils n'ont pas provoquée. Relativement au fraudeur, le contrat doit être nul, car, vis-à-vis de lui, l'action doit être considérée d'après sa nature objective développée dans le texte : elle est déterminée par une volonté étrangère et non par celle de l'individu agissant. Ce qui revient à dire : le dol agit *in personam* et non pas *in rem*. Ou bien l'on peut encore dire : l'erreur qui existe dans le dol ne constitue pas une faute vis-à-vis du fraudeur ; vis-à-vis du tiers contractant, elle constitue la faute relative de s'être *laissé* égarer. — Mais cette détermination *négative* de soi n'offre que l'apparence d'une véritable détermination spontanée, ou plus exactement, comme il résulte des développements qui précèdent, cette détermination de soi n'est pas réelle, mais relative. Elle n'existe chez la personne dupée que par rapport au tiers contractant innocent, car en lui-même, l'acte n'apparaît que comme un acte dont est absente la déter

Tous les moyens légaux dont on dispose contre le dol, e même que les restitutions, ne peuvent être jugés (pour s mêmes raisons que dans *a* et *b*) que d'après des lois en gueur au moment où l'action provoquée par le dol a été ite.

Nous disons : au moment où l'*acte a été provoqué*, et on pas au moment où *a été commis le dol*. Car on peut ès bien admettre qu'il s'est écoulé un certain temps entre dol et l'acte qui en est résulté, de sorte que dans l'intervalle les lois ont pu être modifiées. Mais l'on ne doit tenir ompte que des lois en vigueur (1), au moment où l'acte a

nination de soi, c'est-à-dire comme un acte non voulu; ce n'est u'en comparant ses rapports avec le fraudeur et ceux avec le contractant innocent; ce n'est que par la *relativité* et la *distinction*, que 'acte devient vis-à-vis de ce dernier un acte où entre une part relaive de détermination volontaire. Mais si le centre de gravité de ette relativité personnelle disparaît, par le fait que le fraudeur ne peut plus entrer juridiquement en ligne de compte (c'est-à-dire s'il devient *insolvable*), alors il faut prendre en considération le caractère objectif de l'acte et le moyen légal de la *restitution* que fournit dans ce cas l'intervention de l'idée juridique matérielle (*æquitas*) dans le formalisme juridique (*jus*) ; et cette équité doit alors, s'exerçant même contre le contractant innocent, provoquer, même pour le dol, une *actio in rem* (L. III, § 1, *de eo per quem factum*, etc., 2, 10).

Pour la violence, il est évident que toutes ces distinctions n'ont aucune raison d'être, car l'*individu* ne pouvait pas écarter la menace, le danger imminent comme l'erreur, par un acte de volonté. Si ce cas se produisait, il y aurait menace sans importance ou menace d'un danger non fondé, c'est-à-dire il n'y aurait *pas* de violence prévue par la loi. C'est pourquoi la violence s'exerce toujours *in rem* (L. XIV, § 3 *quod metus causa*, 4, 2 ; l. IV, § 33, *de doli mali et met. exc.*, 44, 4 ; l. III, 5, *Cod. de his quæ vi metusve causa*, 2, 20), non pas, comme le prétend Savigny (p. 117), à cause de son plus grand danger qui, vu la grande fréquence de la fraude et sa facilité, peut paraître très problématique, mais à cause de la distinction dialectique indiquée, qui n'a lieu que pour la fraude et non pas pour la violence.

(1) Personne ne voudra en douter et pourtant, il serait difficile de le faire d'après la théorie de Savigny sur le dol, qui considère les moyens légaux contre le dol et la violence, non pas comme

été fait ; car, ce n'est qu'au moment où la personne dupée accomplit un acte différent de son véritable *acte de volonté* que ce dernier peut lui fournir des moyens légaux contre ce qu'il a fait sans être libre (1).

découlant du libre arbitre, mais comme une simple garantie positive et extérieure contre l'immoralité. S'il en était ainsi, les lois ultérieures à l'époque où l'action issue du dol serait faite, surtout si elles fournissent des moyens plus nombreux ou plus efficaces pour la suppression de l'action, ne pourraient pas être appliquées comme les lois en vigueur à l'époque où est commise la fraude, car alors il faudrait les ranger dans la catégorie des dispositions pénales et elles ne pourraient rétroagir ; l'auteur du dol pourrait aussi prétendre que son action, quoique frauduleuse, doit conserver toute l'efficacité dont elle était capable d'après les lois en vigueur à l'époque où elle a été commise.

Et inversement, d'après l'opinion qui a prévalu jusqu'ici, d'après laquelle les obligations provenant de délits doivent toujours être jugées d'après les lois en vigueur à l'époque du délit, les lois publiées entre l'époque où a été commis le dol et celle où a été faite l'action qu'il a provoquée, lois réduisant les pénalités contre le dol, ne peuvent être appliquées, à cause de la nature délictueuse du dol. — Donc, seules les lois en vigueur à l'époque où est fait l'acte provoqué par le dol, et non les lois en vigueur à l'époque où est commis le dol, doivent être appliquées. C'est là une confirmation pratique très nette de ce que nous disions : la nullité n'est pas l'effet d'une protection légale extérieure contre l'immoralité, mais elle est posée par l'absence de libre arbitre dans l'action.

(1) L'analyse qui précède a réussi à démontrer, d'une façon logique et satisfaisante, pourquoi les restitutions par la violence, et l'on peut dire toutes les restitutions en général, constituent également des droits acquis ; car *toutes* les restitutions, aussi bien celles d'erreur, de minorité, d'absence, que celles qui proviennent de la *capitis diminutio* ou de l'*alienatio judicii mutandi causa facta*, *se résolvent*, comme on va le constater à la suite de notre examen de la restitution pour cause d'erreur, en l'*idée fondamentale du libre arbitre individuel*, qui ne peut être atteint ni par l'action non voulue de l'individu, ni par celle d'une personne étrangère. Si l'on ne conçoit pas cette question de la sorte, l'on n'aura aucun argument sérieux à opposer à l'opinion très souvent exprimée, d'après laquelle la restitution est une *affaire de grâce* et ne constitue aucun droit (cf. BURCHARDI, *Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, pp. 7, 20, 40, 41, Göttingue, 1831, et MEYER, *Principes sur les*

d) *Toute cette question ne sera bien élucidée* que quand ious aurons déterminé la validité de la *simple erreur* et dé-montré en quelle mesure elle n'exclut pas le libre arbitre.

uestions transitoires, p. 183, Amsterdam, 1813. D'après MEYER et WEBER (*Rückanwendung positiver Gesetze*, 1811, p. 54), le droit à la estitution n'est pas inhérent au contrat lui-même ; ils sont donc ogiques quand ils font rétroagir une loi, supprimant les restitutions, ur des contrats antérieurs. Quand Savigny s'élève contre cette ffirmation (VIII, 443 sq.) et soutient que la restitution est un droit véritable et acquis, différent simplement dans sa forme du lroit à la plainte ou à l'opposition, il a raison en principe ; mais il st en contradiction avec sa conception de la violence, de la fraude t de l'erreur, qui ne sont pour lui que des bienfaits juridiques, ositifs et extérieurs, n'ayant pas leur racine profonde dans le ibre arbitre, et il ne résout pas cette contradiction insoluble en iant que la restitution soit un acte de faveur objectif (VII, 117). Car, comme dit Savigny lui-même en cet endroit, la vraie grâce, accordée même aux criminels, ne peut avoir ce caractère objectif que « quand, considérée d'un point de vue supérieur, la stricte application de la loi apparaîtrait comme une injustice, par rapport aux circonstances spéciales du cas particulier ». Et pourtant personne n'aurait l'idée de prétendre, si l'on supprimait aujourd'hui le droit de grâce, que les criminels ont droit à la persistance de ces mesures de faveur pour leurs actions déjà accomplies (et non graciées). Ainsi le sens juridique de Savigny est ici en contradiction évidente avec sa théorie qui méconnaît la véritable racine profonde de la restitution pour cause de violence, fraude, erreur, etc... Quand Meyer (ouvr. cit., p. 185) établit qu'une loi supprimant les restitutions doit entrer immédiatement en vigueur, en se basant sur le fait qu'aucune forme de procédure n'est alors donnée légalement, Savigny pourrait d'autant moins opposer sa théorie à cette affirmation que, d'après la dite théorie, il s'agirait ici de la suppression d'une institution juridique tout entière, et par conséquent les lois qui la suppriment devraient rétroagir. Ici son sens juridique le met en contradiction avec sa théorie de la rétroactivité comme avec sa théorie de la violence, de la fraude et des restitutions.

Enfin Weber veut appliquer une loi qui établit ou qui augmente les restitutions possibles à des contrats antérieurs ; nous le réfuterons en observant simplement que, s'il en était ainsi, des lois ultérieures réagiraient sur des actions individuelles antérieures de l'autre contractant et les modifieraient.

Si, en provoquant chez celui qui agit une représentation fausse des faits qui déterminent sa volonté, l'on exclut le libre arbitre, pourquoi la représentation fausse des faits que n'a pas provoquée un tiers n'exclurait-elle pas aussi le libre arbitre ?

Rappelons tout d'abord la définition que nous avons donnée plus haut : le libre arbitre est la *détermination de l'individu par lui-même*. Donc, toute fausse représentation, si elle résulte de l'activité propre du sujet, apparait également comme sa propre détermination individuelle, c'est-à-dire, comme un acte de sa liberté, et même comme la garantie du caractère illimité de son libre arbitre, et non comme sa négation.

Car nous sommes ici sur le terrain de la liberté formelle ou du libre arbitre privé, où même l'arbitraire est valable. Ici le sujet n'est pas *forcé* de connaître et de vouloir le vrai. Bien plus, il y a le droit formellement arbitraire de ne *pas* se préoccuper de la vérité, de ne pas chercher à connaître ce qui existe en dehors de lui, et de se mettre en conformité avec tout ce qui est objectif. Cette insouciance est l'expression légitime de la détermination de l'individu en soi ; et ainsi la représentation fausse qu'il se crée lui-même, puisqu'elle découle de l'activité propre de son esprit, doit être considérée comme un objet de sa détermination spontanée, qui suppose l'existence de son libre arbitre. A présent il est donc établi que, quand un autre sujet empiète illégalement sur la volonté de l'individu (dol et violence), il ne peut plus être question du libre arbitre de ce dernier : au contraire, la fausse représentation, qui est l'œuvre de l'individu lui-même, prouve l'existence de sa détermination spontanée et n'exclut donc pas le libre arbitre.

Si nous comparons les cas de fausse représentation dans l'acte de volonté au cas examiné plus haut (B. *a.*) de manque de volonté, nous remarquerons d'abord la différence suivante : l'erreur, que nous rencontrons dans le cas cité plus haut, est de nature telle que le contenu de la volonté et celui de l'*acte* sont totalement distincts l'un de l'autre ; il

en résulte un acte extérieur *non voulu*, que l'absence de volonté rend nul; c'est le cas qui se produirait si je voulais épouser une certaine personne et que j'en épouse une autre, si je voulais acheter du vin et que j'achète du vinaigre (1). Mais il n'en est plus ainsi dans le cas où j'ai payé une personne pour des services que je crois, par erreur, avoir reçus d'elle, et qu'elle ne m'a pas rendus réellement (2) ; ou bien encore dans le cas où, m'abusant sur la valeur d'un objet, je l'achète plus cher qu'il ne vaut ; car, dans ces deux cas, je voulais payer une personne déterminée et acheter un objet déterminé ; or, j'ai payé cette personne et acheté cet objet. Donc ma volonté et mon acte étaient identiques; seul le motif qui a déterminé mon acte était erroné.

De ce qui précède découle la règle suivante : Ce qu'il importe de connaître, c'est le contenu de la volonté, son identité ou sa non-identité avec l'acte, et non pas le *motif* qui la détermine.

Cette règle, comme on l'a pu remarquer, ne manque pas de justesse. Mais nous ne devons pas nous en tenir à ce résultat. Il nous faut immédiatement aller plus loin et dire : les motifs peuvent être tels, par rapport au contenu de la volonté, qu'ils se *confondent, s'identifient avec lui* — auquel cas, s'il y a erreur dans les motifs d'une action, il y a volonté incomplète — ; mais ils peuvent aussi ne pas s'identifier avec lui. En d'autres termes : les motifs — et leur effet décisif sur la résolution — sont dans un rapport purement *quantitatif* vis-à-vis de la volonté elle-même.

Il en résulte, premièrement : que ce qui est une erreur dans les motifs, peut aussi représenter une erreur sur le contenu de la volonté — dans une action accomplie — ; inversement, que ce que l'on peut appeler erreur sur le contenu de la volonté, apparaît comme une simple erreur dans les motifs; ou bien encore que l'erreur *non véritable*

(1) L. IX, *de contr. emt.* (18,1).
(2) L. LXV, § 2, *de cond. indeb.* (12,6).

(Savigny réunit sous ce nom *error in persona, in corpore, in substantia*) et l'*erreur véritable* (dans la mesure où la loi reconnaît son efficacité) n'ont plus une nature distincte et se confondent entre elles.

C'est ce qui se produit, pour ne parler d'abord que de l'erreur véritable, quand j'achète un objet à cause de certaines qualités que je lui suppose. A part quelques cas très rares, l'erreur dans les qualités est sans effet dans le droit romain, qui la considère comme une simple erreur dans le motif. Mais, si au lieu d'un esclave, j'achète une esclave, l'erreur sera efficace (sans pouvoir néanmoins être imputée au marchand) ; ce sera une erreur véritable, essentielle (1) Savigny en indique la raison : les esclaves femmes ne peuvent être employées qu'aux travaux domestiques, tandis que les esclaves hommes peuvent être employés à la culture des champs et dans les ateliers : c'est pourquoi il n'y a pas ici simplement erreur dans le motif ; puisque le genre de services rendus par ces deux catégories d'esclaves est tout différent, il y a erreur sur l'objet acheté (2). En effet, je puis dire ici que j'ai acheté des *services tout différents* de ceux que j'ai voulu acheter. Mais, d'une part, le genre d'utilisation ne représente qu'un motif de mon achat ; d'autre part, si à la place de bon vin j'achète du vin aigri, il n'y a pas erreur *efficace* (3) ; et pourtant la différence dans le mode d'utilisation et par conséquent dans l'objet lui-même est bien plus grande ici que la différence entre le mode d'utilisation des esclaves hommes et celui des esclaves femmes : car le vin aigri n'est pas consommable et tout au plus peut-il être utilisable pour la cuisine.

Si je reçois un prêt de Sejus, croyant le recevoir de Gajus, je ne contracte aucune obligation vis-à-vis de Sejus (*hoc enim nisi inter consentientes fieri potest*) (4). A juste

(1) L. XI, § 1, *de contr. emt.* (18,1).
(2) Savigny, ouvr. cit., III, 282.
(3) L. IX, § 2, *de contr. emt.* (18,1).
(4) L. XXXII, *de reb. cred.* (12,1).

titre l'on considère qu'il y a ici erreur sur la personne, c'est-à-dire, une erreur non véritable, une absence de volonté (v. Savigny, III, 270). En effet, je n'avais aucunement l'intention de traiter avec cette personne. Mais Sejus ne peut m'intenter une action en restitution de son argent qu'en invoquant l'*erreur dans le motif* (*condictio ob causam datorum*). Car Sejus n'a commis, en réalité, qu'une erreur dans le motif et il n'a le droit de réclamer son argent qu'en vertu de cette erreur ; car, il ne saurait réclamer l'argent dont il s'est départi volontairement que parce que le motif qui l'a déterminé était, non pas de me faire un cadeau, mais un prêt.

Les cas où l'on peut attaquer une opération juridique pour cause de motif erroné — actions édiliciennes, condictions, — doivent être considérés comme des exceptions *purement positives* (1). Les édits édiliciens spécifient que l'acheteur d'esclaves et de bétail a le droit de résilier son achat, s'il remarque après coup des défauts qui ne sautent pas aux yeux, même au cas où il a affaire à un *venditor ignorans* (cette règle fut étendue plus tard aux objets de toute nature, meubles ou immeubles). Ainsi un esclave, par exemple, qui a l'habitude de s'évader ou simplement de s'absenter pendant un certain temps (*fugitivus errove*) ou un animal malade peuvent être rendus par l'acheteur. Mais il est évident que cette erreur dans les motifs de l'achat est plutôt une erreur sur les qualités de l'objet acheté, ainsi qu'une erreur sur le genre de services achetés ; si donc cette erreur devait un jour faire annuler le marché, elle pourrait être considérée, aussi bien que l'achat d'une esclave femme pour un esclave homme, comme une erreur *substantielle* (*error in substantia*). Ainsi, ce n'est pas l'idée fondamentale des édits édiliciens elle-même, mais les deux sortes d'objets auxquels ils limitaient primitivement leurs dispositions et la forme particulière sous laquelle ils remédient

(1) Savigny, ouvr. cit., III, 359.

à un vice du contrat, qui en constituent l'élément *positif* (1).

Si je paie une certaine somme, parce que je croyais la devoir, si je paie d'avance une dot et que le mariage n'ait pas lieu (2), si je dédommage quelqu'un pour des objets que je lui ai perdus et que ces objets soient ensuite retrouvés (3), j'ai alors la *condictio indebiti*, la *condictio ob causam datorum*, la *condictio sine causa*. En fait, dans tous ces cas, le rapport du motif à l'action est tel, que l'action est la simple exécution du motif, et qu'une erreur dans celui-ci altère le caractère de l'action. Je voulais payer, je voulais constituer

(1) Cela apparaît aussi très clairement dans le fait dont il vient d'être question, à savoir que les dispositions des édits édiliciens furent étendues ultérieurement par la jurisprudence romaine aux objets de toute nature. Et quand Savigny (p. 359) voit dans l'inadmissibilité de la plainte pour les vices de contrats, inadmissibles dans les cas de plaintes édiliciennes, la preuve que ces dernières sont de simples dispositions *positives*, on peut lui répondre que cela n'est pas vrai partout, car dans l. XIII, § 1, *de actionibus emt. et vend.* (19,1), il est dit expressément : « Item qui furem vendidit, aut *fugitivum si quidem sciens præstare debet*, quanti emtoris interfuit non decipi, si quidem *ignorans fecit*, id tantum ex emti actione præstiturum, quanto minoris essem emturus, si id ita esse sciissem. » Ainsi ce passage confirme très nettement l'opinion que nous avons développée ; cf. l. XI, § 6 et 7 *de act. emt.* De même, l. XIX, *locat. cond.* (19,2) où Ulpien dit, § 1 : « Si quis dolia vitiosa *ignarus* locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest, *nec ignorantia* ejus erit excusata ; et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur, hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest, præstabitur, *si sciisti ; si ignorasti, pensionem non petes : et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit.* » C'est surtout le deuxième cas cité, où Ulpien s'appuie sur les avis des anciens juristes, qui réfute Savigny. Contrairement à ce qui arrive dans le premier cas, si le loueur ignore, il n'est redevable d'aucun dédommagement pour les dégats survenus. Ainsi, il n'y a même pas *culpa* de sa part. Mais il n'a pas le droit de réclamer le prix du louage : celui-ci doit lui être refusé par une simple *exceptio* dans une plainte ordinaire contre un contrat, à cause d'une erreur sur l'utilité de l'objet loué.

(2) L. VI, VII, IX, *de condictione causa data c. non sec.* (12,4).

(3) L. II, *de condict. sine causa* (12, 7).

une dot, je voulais dédommager, et, dans ces trois cas, j'ai fait ce que je voulais faire. Il n'en est pas de même dans l'exemple cité plus haut, où je voulais payer quelqu'un pour des services que je croyais avoir reçus et où ces services reposaient sur une erreur de ma part. Car, juridiquement parlant, payer équivaut à donner ; mais c'est donner pour une raison déterminée ; et, puisqu'ici j'ai donné, la nature juridique de l'action n'a pas changé (1).

Ainsi, dans les condictions également, le motif a une importance qui va jusqu'à épuiser l'acte dans sa totalité et, par son erreur à enlever à l'action accomplie le caractère d'action voulue (2). Ainsi la question de savoir si les motifs re-

(1) L'on ne saurait établir une distinction entre les deux actes en disant : J'ai voulu payer — et j'ai gaspillé mon argent. Car de même que, juridiquement, payer signifie donner pour une raison, gaspiller signifie donner sans raison. Ainsi, l'on ne changerait que les mots, mais non la chose elle-même.

(2) Il convient ici de démontrer pourquoi une erreur sur la valeur d'un objet, au moment de l'achat ou de la location, ne peut jamais annuler un marché. Nous verrons, à ce propos, qu'une erreur sur la valeur ne représente même pas une erreur dans le motif. En même temps nous montrerons que l'on n'est aucunement autorisé, comme fait partout Savigny (Cf. p. ex. III, 345, 355), à considérer l'indifférence avec laquelle toutes les législations traitent (avec juste raison) l'erreur sur la valeur de l'objet, comme un puissant argument contre l'importance de l'erreur dans le motif.

La raison pour laquelle les législations considèrent et doivent considérer l'erreur sur la valeur comme étant sans importance — quoique la valeur semble être aussi tout d'abord, une qualité de l'objet, et même d'après les idées de notre époque, une qualité essentielle — repose sur un antagonisme économique et sur une loi de l'esprit ; et c'est probablement là la raison pour laquelle les juristes ne l'ont jamais comprise, quoique la conscience obscure des peuples lui ait toujours accordé l'efficacité qui doit lui revenir. Quiconque veut acheter, a en main une *valeur d'échange* (argent) et il *veut justement s'en départir*, pour avoir une *valeur d'utilité* (une chose d'usage domestique, de la viande, du bois, un outil, etc.). Si donc l'acheteur reçoit la valeur utile de nature déterminée, qu'il voulait, l'idée de l'acte est épuisée, le mobile nécessaire a complètement reçu satisfaction. Qu'adviendrait-il de cette valeur d'utilisation domes-

présentent tout le contenu de la volonté et conséquemment déterminent sa résolution, enveloppent en eux-mêmes son

tique, si on ne l'utilisait pas, mais si on voulait de nouveau la traduire en sa contre-partie, la valeur d'échange, c'est-à-dire la vendre ? C'est là une question tout à fait étrangère à cette opération, qui même semble être exclue par la nature même de l'acte ; car, dans ce dernier, l'acheteur a montré qu'il ne voulait pas avoir de valeur d'échange — puisqu'il s'en est départi — mais de la valeur d'utilité, dont l'existence n'est pas le moins du monde atteinte par son rapport avec la valeur d'échange. Ce principe peut sembler dur et écrasant, et pour cette raison, il commence peut-être à disparaître à une époque où, par suite de l'évolution économique, du développement de la vie commerciale et du crédit, presque tous les objets se transforment constamment, d'une façon circulaire, pourrait-on dire, en argent, ou du moins où leur aptitude à être comparée avec leur équivalent en argent constitue sa principale raison d'être, donc, à une époque, où la qualité des corps en tant que corps et leur utilité n'est plus qu'une ombre et où l'ombre, la figure qu'un objet projette sur un milieu situé en dehors de lui — la valeur d'échange — commence à devenir le corps ; mais il n'en conserve pas moins sa vigueur logique et juridique.

Voici encore ce qui prouve que nous sommes en présence du véritable motif. Si j'achète un objet dont la destination n'est pas de figurer comme valeur d'utilité, mais comme valeur d'échange, il peut arriver que je commets une erreur pour cause de valeur d'échange insuffisante. Ainsi, au cas où j'achète du plomb pour de l'argent, ou du bronze pour de l'or (l. IX, § 2 ; l. X, l. XIV, l. XLI, § 1, *de contr. emt.*, 18, 1). Les métaux précieux ont pour caractère de n'être pas considérés comme des valeurs utilisables, mais comme des représentants d'une valeur d'échange. Ce n'est pas seulement là le cas, quand j'achète de l'argent et de l'or en barres, action qui ne peut avoir d'autre but que d'échanger de nouveau ces métaux contre d'autres objets ou de les conserver pour un échange ultérieur — auquel cas, c'est uniquement leur valeur d'échange qui est déterminante pour moi — mais aussi quand j'achète des *ustensiles* d'or et d'argent. Car ceux-ci sont destinés au luxe, et le luxe n'est, lui aussi, que l'exhibition d'une valeur d'échange inactive, de sorte que, sans cette valeur, les objets en question ne sauraient servir pour le luxe. — Cette spécification relative aux métaux précieux ne constitue pas une exception, mais une simple conséquence logique du concept.

Mais si, quand j'achète un objet, je suis lésé dans sa valeur d'utilisation par un défaut caché, l'achat est certainement nul : c'est

existence ou la question des rapports des motifs et de la volonté, a, comme nous avons vu, un caractère *quantitatif.*

précisément à cette question que se rapportent les plaintes édiliciennes, faites par exemple quand une terre achetée exhale des miasmes (Ulpien, l. XLIX, *de æd. ed.*, 21, 1), ou quand un pâturage loué ne produit que de la mauvaise herbe (Ulp., l. XIX, *loc. cond.*, 19, 2, et l. IV, *Cod de æd. ed.*) ou quand un bœuf est dangereux de la corne (Paul, l. XLIII, *de æd ed.*) ou quand des tonneaux loués sont défectueux (L. XIX, *loc. cond.*) ou en un mot, comme dit Ulpien : « proinde si quid tale fuerit vitii seu morbi *quod usum ministeriumque* hominis *impediat*, id dabit redhibitioni locum » (L. I, § 8, *de æd. ed.*); de sorte que Savigny a tort de dire (III, 359) que, dans les plaintes édiliciennes, les motifs de plainte sont déterminés d'une façon « très spéciale et très arbitraire ». On doit plutôt dire, comme le prouvent les dernières citations d'Ulpien, qu'elles découlent de l'idée de valeur d'utilité opposée à la valeur d'échange et qu'elles épuisent cette idée. L'art 1641 du Code civil a été très judicieusement imité de ce passage d'Ulpien : « Le vendeur est tenu de la garantie, à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la *rendent impropre à l'usage auquel* on la destine, ou qui diminuent tellement cet *usage* que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. » Donc Savigny commet une erreur capitale et pleine de conséquences, quand il pose en principe (III, 355) que le contrat résultant d'une erreur conserve sa validité, *qu'elle porte sur la valeur ou sur l'usage de l'objet*, etc..., et considère ensuite les plaintes édiliciennes comme une exception à ce principe. Car, il est à présent évident : 1° qu'on ne peut pas, en règle générale, user du fait que l'erreur sur le prix est sans importance comme d'un argument pour établir le manque de validité de l'erreur dans le motif, parce que l'erreur sur la valeur ne constitue pas d'erreur, même pas une erreur dans le motif; 2° que l'on ne peut pas, d'une manière générale, parler de l'erreur sur la valeur et dans le motif comme de choses parallèles et les identifier ; elles sont au contraire de nature diamétralement opposée ; 3° qu'on ne peut pas, avec Savigny, poser en principe : que l'erreur sur l'usage est indifférente et que les plaintes édiliciennes n'en sont qu'une exception : mais qu'au contraire il faut adopter comme principe : que l'erreur sur l'usage d'un objet affaiblit le contrat et que, d'une part, les cas d'erreur essentielle qui peuvent se produire ici, d'autre part, l'introduction et le développement doctrinal des plaintes édiliciennes dans le droit romain ne sont autre chose que la manifestation et le développement de ce principe.

Pour que cette démonstration fût complète, il faudrait encore dé-

Et pour cette raison même, nous découvrons à l'intérieur de cette limite quantitative le point où les *dispositions po-*

montrer que la plainte en rescision faite à la suite d'achat de biens-fonds, parce qu'on est lésé dans le prix de vente *ultra dimidium*, ne constitue pas invalidité du contrat pour erreur sur le prix (auquel cas l'argumentation que nous venons d'exposer serait détruite). Cette loi repose sur une idée à la fois morale et économique. Il est évident qu'elle ne pense pas à une erreur sur le prix : autrement, l'acheteur comme le vendeur du bien-fonds devraient avoir les mêmes droits. Même cela devrait être le cas pour l'acheteur seul, car le vendeur doit connaître ce qui lui appartient. Néanmoins, c'est le vendeur seul qui a ce droit : ce droit ne repose donc pas sur une erreur supposée dans la valeur, mais sur ce fait que l'acheteur ne doit pas abuser immoralement de la nécessité qui pèse sur le vendeur. (Cette loi, dans son idée fondamentale, fait partie des lois sur l'usure.) Seul le vendeur peut être pressé par la nécessité, car, quelque grande que puisse être sa richesse en valeurs d'utilité, il peut se trouver dans l'embarras, par suite du manque de moyens de paiement qui ne consistent qu'en valeurs d'échange générales (argent). Chez l'acheteur, au contraire, qui arrive armé de cette valeur générale d'échange, et qui précisément a l'intention de l'échanger contre une utilité déterminée, dont l'acquisition est toujours l'objet de son libre choix, cette possibilité d'un manque de moyens est exclue par sa situation même. (Remarquons encore que, si pour l'acheteur la valeur commutative n'apparaît ni comme but, ni comme motif de son action, parce qu'il veut justement se départir de la valeur d'échange, afin d'acquérir en retour de la valeur d'utilité, il n'en est pas de même pour le vendeur. Car celui-ci veut au contraire réduire de la valeur d'utilité en valeur d'échange. Or, le motif et le but de sa volonté, c'est d'acquérir une valeur d'échange; et, s'il est lésé en cela — c'est-à-dire dans le prix — le souci qu'il en a n'est aucunement exclu par la nature logique de son acte, puisqu'il n'est pas lésé, comme l'acheteur, dans ce dont il veut se départir, mais dans ce qu'il veut acquérir). Aussi, quelque fréquentes qu'aient été les tentatives des commentateurs et des écrivains juridiques, pour étendre la loi célèbre de Dioclétien et de Maximien (L. II, *Cod. de resc. vend.* 4, 44) à l'acheteur (méconnaissant ainsi la nature économique de la question), les législations ont toujours su s'en préserver par leur tact pratique : seul le droit piémontais antérieur à la Révolution française méconnut à un tel point le droit romain et étendit cette loi également à l'acheteur (1770).

Il en est tout autrement dans le Code prussien. Ici le droit de contestation est accordé à l'acheteur seul (I part. titre XI, § 58-69) pour

sitives des différentes législations exerceront leur action déterminante, le point où l'*élément quantitatif* des simples motifs commence ou ne commence pas à coïncider qualitativement avec l'*acte de volonté* lui-même (1). Mais, *dans la*

cause de *læsio enormis* : celle-ci apparaît ici logiquement comme une invalidité exceptionnelle pour cause d'erreur dans le motif (comme il est dit expressément au § 59 ; ce trait devra être ajouté à la distinction comparative qui va bientôt suivre). Et quelque peu logique et juridique que puisse paraître cette conception en elle-même, elle est pourtant très compréhensible à une époque, où de profonds changements se sont opérés dans la vie des peuples, où la valeur d'échange d'une chose est devenue la réalité suprême, absorbant toutes les qualités de cette chose, où tous les objets matériels sont continuellement transformés à nouveau, en argent, sa *valeur d'utilité essentielle* a commencé à consister dans son caractère de chose échangeable et par suite dans sa valeur d'échange ou son prix.

Seul le changement dans la situation économique de l'Allemagne permet d'expliquer ces dispositions du Code prussien.

(1) Le sens profond de cette proposition ne s'explique que par la doctrine de la logique spéculative sur le rapport de la quantité et la qualité. Quoi qu'il en soit, il est néanmoins évident que toujours, quand des dispositions quantitatives sont nécessaires dans un certain domaine du droit, leur fixation est positive, sans pour cela rendre positif le domaine du droit lui-même. Ainsi, toutes les dispositions pénales ont, dans le degré de la peine, une nature quantitative, sans que pour cela personne ait jamais l'idée de considérer le droit pénal comme un droit positif. Et même, si l'on montrait que la détermination quantitative (ce qui serait juste, sans doute) est une modification de l'idée fondamentale, il n'y aurait rien de changé. Le mariage n'est nulle part considéré comme un droit positif C'est même pour cette raison qu'il a subi, dans le droit des différents peuples, les modifications les plus profondes, qui représentent l'évolution de son idée fondamentale. Faudra-t-il donc rattacher, dans notre domaine, les différentes déterminations quantitatives à une idée conceptuelle fondamentale bien déterminée, de sorte qu'ils apparaissent comme les modifications posées par cette idée fondamentale ? Assurément, et ce sera la suivante : « Plus est « large, étendue, l'idée qu'une législation se fait du droit de l'in- « dividu à l'arbitraire, moins sera grande la force qu'elle accordera « à l'erreur dans le motif, plus sera valide l'action erronée. » (Cette proposition est d'apparence paradoxale : sa vérité profonde se dé-

mesure où les législations positives déterminent les limites de ce rapport quantitatif et précisent le point où l'élément

gage néanmoins de l'idée développée plus haut (p. 102 sqq et p. 103, note 2) et elle apparaîtra plus nettement encore quand nous distinguerons l'erreur en fait de l'erreur en droit.) Cette proposition — dont l'on pourrait déjà trouver la confirmation dans le droit romain — peut aussi être confirmée d'une façon générale par le rapport des législations modernes avec le droit romain. Ici, en effet, nous constaterons que les législations modernes, quoiqu'elles ne soient pas sur ce point toujours logiques avec elles-mêmes, traitent bien moins rigoureusement l'erreur, c'est-à-dire que l'efficacité qu'elles accordent à une erreur, pour l'annulation d'une action, est beaucoup plus grande que dans le droit romain. Savigny (III, 109) se réfère, il est vrai, au Code prussien, qui, selon lui, aurait déclaré indifférente toute erreur dans le motif (1re part., titre IV, § 148 sqq. — hormis l'acte uniquement lucratif ou celui où intervient le dol. — Mais il ne tient pas compte que le Code prussien donne (§ 145) la définition suivante du mot « motif » : « Si dans une déclaration un certain événement ou un fait est seulement supposé comme fait déjà arrivé ou qui doit arriver ultérieurement, ce fait ne doit pas être considéré comme un motif. »

Cette *falsa causa* était déjà sans effet dans le droit romain (§ 31, *Inst. de legib.*, 2, 20, l. XVII, § 2, l. LXXII, § 6, *de condit.*, 35, 1, l. 1, § 8, *de dote prœl.*, 34, I) ; et dans la mesure où cette exclusion des motifs de fait (*Cf. Digeste, de condictione causa data causa non secuta*) ne semblerait pas figurer dans le Code prussien, on l'y rencontrerait dans la rédaction qu'il donne de la *condictio indebiti* (1re partie, titre XVI, § 166 sqq.) Par contre, d'après cette définition, il n'est pas possible de considérer les qualités d'un objet comme motif excluant la validité d'une opération juridique, ce qui (Savigny nous l'apprend lui-même) avait lieu dans le droit romain, à quelques exceptions près. Le Code prussien, lui, dit en termes exprès (1re partie, titre IV, § 81) : « Une erreur sur des qualités de la personne ou de la chose, qui leur sont généralement supposées, affaiblit également la déclaration de la volonté. » Comme, dans une pareille recherche, ce qui importe, ce ne sont pas les paroles, mais la chose elle-même, et comme dans les achats et autres opérations juridiques le motif est en règle générale précisément dans la qualité supposée (sans que par son absence la nature de l'objet soit altérée ; auquel cas seul le droit romain reconnaît une *error in corpore et in substantia* ; Cf. Savigny, 283), on devra donc dire que le Code prussien a donné, par rapport au droit romain, une grande extension à l'action annulative des motifs erronés. Il y a plus : l'erreur sur toutes les qualités,

quantitatif du motif arrive à coïncider avec la qualité même de l'acte de volonté (1), en d'autres termes, dans la mesure

même sur celles que l'on ne suppose pas généralement à une personne ou à une chose, annule la déclaration de volonté, si les qualités ont été supposées en termes exprès (*Code prussien*, § 77). Ainsi l'action déterminante du motif sur la volonté est maintenue. En outre, dans des déclarations uniquement lucratives, la déclaration de la volonté ne sera jamais valide « dès qu'il apparaîtra que le motif erroné, indiqué en termes exprès, constitue la seule cause de la déclaration de volonté (§ 150). »

Le droit français est encore bien moins strict que le droit romain. Il reconnaît comme cause d'infirmation toute erreur sur la substance et laisse à la jurisprudence le soin d'expliquer ce terme plus en détail. Mais celle-ci l'a élargi et les erreurs dans le motif sont également infirmatives, dès qu'il apparaît qu'elles ont été le motif déterminant de la volonté ; cf. DUVERGIER, *De la vente*, n° 144 : « En outre, la nullité peut résulter de l'absence des qualités..... mais pour cela il faut que les *circonstances* ou les expressions mêmes de l'acte démontrent que les parties ont considéré ces qualités comme motif *déterminant* de la vente; en d'autres termes, qu'elles n'auraient pas contracté, si elles avaient su que ces qualités n'existaient pas. » PARDESSUS, *Cours de droit*, n° 148 : « En un mot, l'erreur sur les *qualités ou autres accessoires* est réputée substantielle, et rend la convention nulle dans l'intérêt de celui *qui la prenait en considération lorsqu'il contractait.* » En outre, les juristes français sont unanimes à déclarer que l'erreur de droit annule aussi bien les obligations que l'erreur de fait ; cf. DURANTON, X° partie, n° 127 ; MERLIN, *Repert.*, v° testament, sect. 2, § 5 ; TOULLIER, VI° partie, n° 58 ; DELVINCOURT, II, 460 ; VAZEILLE. *Successions*, art. 887, n° 2.

(1) Dans bien des cas les législations modernes substituent à la détermination positive le principe développé plus haut ; c'est ainsi que procède le Code prussien au § 150 (Ire partie, titre IV) déjà cité, d'après lequel la manifestation d'une intention de lucre est annulée « dès qu'il apparaît que le motif erroné, indiqué expressément, constitue la cause unique de la manifestation d'extinction ». Les législations modernes posent en règle générale cette détermination comme limite à la non-validité provenant d'une erreur sur la personne. C'est ainsi qu'on lit au § 76 du Code prussien : « Il en est de même pour l'erreur sur la personne de celui pour lequel doit résulter un droit de la manifestation de volonté « dès que les circonstances prouvent que, *sans* cette erreur, la manifestation aurait été différente. » De même le Code Napoléon, art. 1110 : « L'erreur *n'est point une cause de nullité*, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec

où les lois indiquent les moyens d'infirmer une action pour cause d'erreur véritable (absence de volonté produite par un motif erroné), de fraude, de violence, dans cette mesure devra-t-on dire, ces moyens (que ces moyens consistent dans la nullité de plein droit, dans la plainte ou exception ou dans la restitution) reposent dans le système juridique dont il s'agit, non pas sur une équité extérieure, mais sur l'idée d'une absence de volonté dans l'acte qui doit être infirmé (1). Et à peine avons-nous établi une délimitation

laquelle on a l'intention de contracter, *à moins* que la considération de cette personne ne soit la *cause principale de la convention.* » Il n'en était pas ainsi dans le droit romain ; ici l'erreur sur la personne appartient à la catégorie des erreurs, dans lesquelles la volonté diffère de l'acte de volonté accompli ; c'est pourquoi, comme nous le reconnaissons avec Savigny (p. 279 sqq.), tout contrat obligatoire était nul pour l'un des contractants, s'il y avait confusion de la part de l'autre, quoique celui-là ne fût aucunement lésé dans ses intérêts par cette confusion de personne. — Ainsi, le droit romain allait plus loin encore que les législations modernes dans l'action infirmative qu'il accordait à l'erreur : voilà qui semble être en contradiction avec la remarque que nous venons de faire. Mais en y regardant de près, l'on voit que cette affirmation ne fait que confirmer l'idée fondamentale relevée plus haut. L'on constate, en effet, que cette différence entre le droit romain et le droit moderne provient de ce fait que le premier aperçoit plus la volonté dans le droit strict de la personne à son *libre arbitre formel,* tandis que les législations modernes l'aperçoivent plutôt dans la teneur rationnelle des motifs. En outre, l'on voit ici comment l'erreur véritable et l'erreur non véritable se rattachent l'une à l'autre. Car, tandis que dans le droit romain, l'erreur sur la personne était simplement considérée comme défaut de volonté, elle devient, dans le Code prussien et dans le droit français, par la limitation indiquée, une erreur véritable et un défaut de volonté, produit par une erreur dans les motifs.

(1) Le Code Napoléon donne une confirmation très claire du développement qui précède. Il traite de l'erreur, de la violence et du dol sous le titre de « consentement » (Sect. I, chap. II, titre III) et déclare expressément (art. 1109) : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.* » Ainsi, même au point de vue juridique, l'on doit s'en tenir au concept spéculatif de liberté, et c'est seulement parce que Savigny ne s'est pas expliqué clairement

lans ce domaine quantitatif, à peine avons-nous déterminé ù le motif erroné devient volonté, que le concept de volonté, ue nous avons maintenu et développé jusqu'à présent, essurgit, et que la distinction de sa nature conceptuelle se etrouve ici sous *forme* d'erreur dans le motif. Il s'agit ici le la distinction entre l'erreur *de fait* et *de droit*, ou mieux, uisque mainte erreur de droit n'est pas une faute et que nainte erreur de fait en est une, entre l'erreur *coupable* et 'erreur *innocente*.

Pour bien comprendre ce point, il importe de revenir à a distinction entre le simple manque de volonté et le nanque de volonté causé par un motif erroné, c'est-à-dire, ı la distinction entre l'erreur véritable et l'erreur non-vé-itable et d'en préciser l'idée plus nettement encore qu'au-paravant.

Le libre arbitre, disions-nous, est (dans le droit privé) la détermination de l'individu par lui-même. Dans l'erreur non-véritable, celle-ci n'existe pas, car l'action accomplie est distincte de l'action *voulue*. Elles ne se ramènent pas l'une à l'autre. Donc l'acte accompli extérieurement n'est pas du tout posé par la détermination spontanée de l'individu. Et ainsi, comme celle-ci, et comme toute espèce de volonté est absente, il est totalement indifférent de savoir quelle cause a produit l'acte en l'absence de la volonté. L'on voit donc que, dans l'erreur non véritable, il ne peut *nécessairement* pas être question de distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit.

ce concept et ne l'a pas pris pour point de départ, mais a déclaré expressément que ce concept n'a rien à faire ici (III, 12), qu'il est arrivé à une telle interprétation erronée de cette doctrine. Et, comme conséquence, il aboutit, par cette séparation de l'idée philosophique de volonté du domaine juridique, à se mettre si pleinement en contradiction avec les *sources juridiques* et à combattre comme inexacts un grand nombre de passage des Pandectes (III, 342). D'après le développement qui précède, ces passages nous apparaissent comme très exacts, et ils sont complètement conformes à ce que leur oppose Savigny (ainsi le manque d'importance de l'erreur secondaire qui, néanmoins, est efficace, dès qu'elle résulte du dol).

Il n'en est plus ainsi pour l'erreur dans le motif. Ici l'acte accompli et l'acte qu'a voulu accomplir l'individu se correspondent. Il y a donc détermination spontanée. Aussi la fausse représentation qui accompagne cet acte n'a un pouvoir infirmatif que si elle a été provoquée par un autre individu chez l'individu agissant dont la détermination spontanée a été supprimée par ce fait ; mais, quand cette fausse représentation apparaît comme l'*activité propre* de l'individu, elle n'est pas infirmative (*error concomitans*). Or, la volonté n'est produite, d'une manière générale, que par la *connaissance* (V. plus haut p. 65). Aussi, l'erreur dans le motif peut-elle absorber toute la teneur de la volonté : quoique l'*acte extérieur* que l'on a *accompli* corresponde à l'*acte extérieur* que l'on a voulu entreprendre, une semblable erreur enlève au dit acte son caractère d'expression de la véritable volonté et lui donne au contraire celui d'acte *non voulu, ne découlant pas de la détermination par soi* ; et ainsi ce n'est plus qu'une chose extérieure qui ne peut pas subsister vis-à-vis de l'individu qui n'est point sans détermination par lui-même. Mais, comme, dans un acte accompli, l'élément non voulu ne s'identifie pas avec la simple absence de détermination spontanée, que cette absence n'a lieu qu'à la suite d'une *fausse* représentation du motif, l'on peut — si on laisse à l'idée de la détermination de l'individu par lui-même toute sa portée — arriver à conclure que cette non-validité n'est admissible que dans les cas où tout au moins cette fausse représentation du motif ne paraît pas résulter de la *propre activité et de la détermination* de l'individu (quoique aucun autre individu n'agisse ici sur lui). Car si, par surcroît, *il en est ainsi*, l'action découlera, dans *toutes* ses parties, de la *détermination propre du sujet* : 1° relativement à l'acte tout extérieur ; 2° relativement à l'acte extérieur que l'on a *voulu* accomplir ; 3° relativement à l'erreur dans le motif. Si nous maintenons les conséquences logiques de cette idée, l'acte erroné est, dans ses trois principales phases, le produit de la détermination propre de l'individu : il est valable puisqu'il

ppose le libre arbitre. La représentation fausse ne semble us être le résultat de la détermination propre de l'individu là où elle représente une erreur de fait (même si un itre individu n'agit pas sur lui).

Le savoir de l'individu s'applique à un double objet : luiême et ce qui lui est étranger. C'est une connaissance de i propre personne et une connaissance des *autres hommes, u monde extérieur*. Le monde extérieur est une *objectivité* :rangère à son individu et qui s'oppose à lui. C'est un tissu omplexe de phénomènes, de faits uniquement positifs. Si onc l'individu ne sait pas soumettre à sa connaissance ette objectivité qui a ses lois propres, s'il s'égare dans le *'omaine des faits*, il n'y a pas détermination propre de l'indiidu par lui-même. Car on ne peut pas dire : l'individu *peut* :t *doit* absolument pénétrer ce qui lui est étranger, le donaine des faits positifs (*quum jus finitum et posset esse et lebeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos non fallat*, dit Neratius) (1). L'erreur sur les faits positifs apparait en même temps comme une violence qui nous est faite par le monde extérieur !

C'est ce qui apparait encore très clairement à la limite où l'erreur de fait — et pour cette raison inoffensive — commence à devenir erreur préjudiciable. C'est ensuite le cas, lorsque des faits positifs sont si évidents, si simples et si limpides que l'individu, pour peu que son activité intellectuelle intervint, *pouvait* les apercevoir et les connaître (2). C'est pourquoi Cecilius et Ulpien prétendent que les édits édiliciens ne s'appliquent pas à une maladie, *qui omnibus potuit apparere, ut puta cæcus homo veniebat aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat... ejus nomine*

(1) L. II, *de juris et facti ignor* (22,6).

(2) C'est pourquoi Ulpien dit : « nec est *supina* ignorantia ferenda nec *scrupulosa inquisitio exigenda* », l. VI, *de jur. et fact. ignor.* ; et Paul, qui soutient que l'erreur de fait reposant sur *summa negligentia* est préjudiciable, ajoute : « Quid enim si omnes in civitate sciant quod *ille solus* ignorat ? » quand il pouvait le savoir aussi bien que tous les autres. L. IX, § 2, *eod. tit.*

non teneri Cæcilius ait, et Ulpien y ajoute ces paroles approbatives : *ad eos enim morbos vitiaque pertinere Edictum Ædilium probandum est, quæ quis ignoravit vel ignorare potuit* (1). Il *pouvait* connaître le défaut ou la maladie signifie : il pouvait savoir, *s'il voulait*. Ici donc son manque de connaissance résulte de sa détermination propre ; il lui est donc imputable, et engendre un acte valable et préjudiciable. C'est pourquoi nous lisons si souvent que l'erreur de fait est préjudiciable, quand elle est le fruit d'une *crassa negligentia* (2).

La connaissance qu'a l'individu de lui-même semble être tout à fait opposée à celle qu'il a de l'objectivité et de son contenu fortuit et étranger.

Nous entendons par connaissance qu'a l'individu de lui-même, non pas celle des accidents extérieurs auxquels son moi peut être mêlé sans le savoir ; car elle lui est *extérieure*, étrangère, mais celle qu'il a de ce moi *pris en lui-même* (3). Ici l'objet de la connaissance n'est ni étranger,

(1) L. XIV, § 10, *de ædilic. edict.* (21, 1).

(2) Ainsi l. LV, *de ædil. ed.* (21, 1) ; l. XI, § 11, *de interr.* (11,1) ; l. III, *pr. ad.*, Sc. Mac. (14,6), etc.

(3) C'est seulement notre développement qui précède et la division où le caractère nuisible de l'erreur de droit n'apparaît que comme la *continuation* et la *conséquence* de la connaissance de soi qui permet de saisir le véritable sens de l'expression romaine : *jus suum*, et de comprendre pourquoi l'ignorance de celui-ci est toujours considérée, dans les textes juridiques romains, comme fondamentalement préjudiciable, bien que l'ignorance du *jus suum repose d'habitude précisément* sur des *erreurs de fait* (Savigny relève cette anomalie apparente, et avec raison, sans toutefois pouvoir l'expliquer, III, 327 c.), car l'ignorance de la situation juridique personnelle (c'est là ce qu'on entend sous le nom d'ignorance du *jus suum*) représente l'ignorance qu'a l'individu de sa *nature propre et constante*. Ainsi il est dit, l. II, § 7, *de j. fisci* (49, 14) : « ... ita demum non nocere cuiquam se detulisse, si ea persona sit, quæ ignorare propter rusticitatem vel propter sexum femininum *jus suum possit*. » Et confirmant nettement notre développement, Pomponius *oppose comme un principe* l'ignorance *de jure suo*, bien qu'elle ait au début un caractère de fait, à l'*ignorance de fait*, qu'il consi-

ni accidentel. Il est l'être *propre de l'individu* que celui-ci peut et doit connaître. Mais le droit n'est que l'*extériorisation du moi* de l'*individu* et de sa *nature intellectuelle* : la loi n'est que la conscience du droit de tous les individus d'un peuple devenue objective.

Ainsi, dans la connaissance du droit, l'individu n'est pas en présence d'un objet *contingent*, mais nécessaire ; non pas d'une *substance étrangère*, mais de *son propre être*. Quiconque se trompe sur le droit, ne se trompe donc pas sur quelque chose de matériellement objectif, *mais sur l'être propre de l'esprit*, qui, n'étant pas étranger à celui-

dère comme ignorance *de alterius causa et facto* (« Plurimum interest, utrum quis de *alterius causa et facto* non sciret, aut de *jure suo* ignoret » ; l. III, *pr. de juris et facti ign.*, 22, 6). L'exception dont parle Paul, de quelqu'un qui a été mis en vente, étant enfant, et ne connaît pas ses parents et se croit esclave, n'est pas une exception (l. I, § 2). Car la question *ex quibus natus sit*, qui, à l'origine, n'est d'une manière générale, qu'une question de *factum alienum*, reste ici encore, par le fait de la mise en vente, une question de *factum alienum*.

Mais ici nous voyons, d'autre part, surgir la grande difficulté qui apparaît dans les textes juridiques romains : ils admettent, à propos des actes propres de l'individu, en général, quoique ceux-ci soient de nature isolée, accidentelle, éphémère, une erreur non préjudiciable et s'efforcent, dans les cas où ces actes ne sont pas préjudiciables, de les réduire *expressément* à un *factum alienum*. Ainsi Neratus dit (l. V, § 1, *pro suo*, 41, 10) : « Sed id quod quis quum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio, quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod *servum* meum aut ejus, cujus in locum *hereditario* jure successi emisse id falso existimem, quia in *alieni fact* ignorantia tolerabilis error est. » Gajus dit, à son tour, l. XLII, *de r. j.* (50, 17) : « Qui in *alterius locum succedunt*, justam habent causam ignorantiæ, an id quod peteretur deberetur. Fidejussores quoque non minus quam heredes justam possunt ignorantiam allegare. » Il va même jusqu'à limiter chez l'héritier ce caractère non préjudiciable de l'acte, au cas « si cum eo agetur, non etiam si agat ; nam plane qui agit *certus* esse debet, quum sit in *potestate ejus quando velit* experiri ».

ci, ne doit pas être pour lui une matière à erreur. C'est pourquoi Paul appelle avec raison l'erreur de droit une erreur *in existimatione mentis* et lui oppose l'erreur de fait comme erreur *in re* (1). Ainsi s'explique l'idée régnante qui veut que l'individu *peut* toujours connaître le droit quand il le veut (2) et que son ignorance, quand il ne le connait pas, est le fait de sa *libre détermination* et (dans la sphère du droit privé où le *libre arbitre* domine) (3) a le caractère d'un acte libre et volontaire : elle constitue donc une erreur préjudiciable.

Mais en vertu du concept même que nous avons déve-

(1) L. IX, § 4, h. t. (22, 6) : « Qui ignoravit dominum esse rei venditorem plus *in re* est quam in *existimatione mentis*, et ideo tametsi existimet, se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur. »

(2) L'on voit, par ce qui précède, que cette opinion sera d'autant plus vraie que le droit découlera de la vie propre d'un peuple; elle le sera moins là où le droit sera d'importation étrangère.

(3) C'est à dessein que nous nous référons de nouveau à l'idée de droit privé, car, comme on voit, c'est seulement où il y a droit privé que l'erreur de droit est valable et préjudiciable. Et, en effet, conformément à notre développement, quand le libre arbitre, qui est l'idée générale fondamentale du droit privé, perd sa validité, c'est-à-dire quand des lois, découlant du droit public, prennent la place des lois du droit privé, la validité et, avec elle, le caractère préjudiciable de l'ignorance du droit cessent de même. C'est ce qui arrive lorsqu'on paie des dettes de jeu ou des intérêts usuraires dont la loi interdit la validité : l'erreur de droit n'y a aucune part. On aurait tort de croire que c'est uniquement parce que la restitution de ces paiements peut être réclamée, même s'ils sont effectués par un préposé qui sait que ces dettes n'ont pas de caractère légalement obligatoire. Car, en réalité, on faisait autrefois une différence entre le paiement d'intérêts usuraires fait *en connaissance de cause* et le paiement fait *sans connaissance de cause*. S'ils étaient payés *sciemment*, le paiement était *valable* ; on ne pouvait plus réclamer après coup la somme versée (v. Paul, *R. S.*, II, 14, § 2 et 4, et Ulpien, l. XXVI, *pr. de cond. indeb.*, 12, 6), car elle était considérée comme versée sur le capital (« *repeti* quidem *non posse*, sed *sorti* imputandum », dit Ulpien). Si donc les intérêts étaient versés *avant* le capital, cela revenait pratiquement au même, puisque le capital était

loppé, si son application veut être logique, l'erreur de droit n'aura pas d'action valable et préjudiciable, quand, perdant son caractère général, certain pour tous les individus, et identique à l'esprit du peuple, le droit n'est plus qu'un ensemble de lois *contingentes* ; ainsi, quand, à propos de certains principes de droit discutables, on juge de la teneur d'un droit, non plus d'après la nature intellectuelle générale de l'individu, mais d'après le caractère particulier d'une opinion personnelle ; de même, dans le droit local qui ne s'identifie pas avec l'esprit de tout le peuple et pourtant ne peut pas être considéré comme exprimant l'être général de l'individu. Et il est reconnu effectivement que, dans ces

diminué de cette somme. Mais, si les intérêts et le capital étaient rendus en même temps (sciemment), une nouvelle distinction pratique avait lieu. Car, d'après une conception ancienne plus rigoureuse, les intérêts usuraires ne pouvaient *pas* être redemandés (cf. VANGEROW, *Pandekten*, vol. I, § 76, 6ᵉ édition). Ulpien même, dont le point de vue est moins strict, en exprime nettement l'incertitude et la nature uniquement équitable (« quid si simul solverit ? *Poterit* dici, et tunc repetitionem locum habere »), et c'est seulement Philippe qui releva cette *varietas veteris juris* (l. XVIII, *C. de usur*). Si, par contre, les intérêts étaient payés dans l'ignorance des lois usuraires, si, par conséquent, le paiement résultait d'une erreur de droit (*per errorem solutæ*), il n'était pas *valable* et pouvait toujours être attaqué (cf. PAUL et VANGEROW, pas.cit.). L'on voit que les choses ne se passent pas comme le croit Savigny (III, p. 450) ; d'après lui, dans les dettes usuraires, l'erreur de droit n'empêche pas seulement la condiction pour la simple raison que le payeur sait que le caractère non obligatoire de sa dette ne l'empêche même pas, mais plutôt parce que, même où cette conscience empêche la condiction, l'on peut invoquer son *ignorance du droit*. Comment est-ce possible ? Cela découle, d'une façon évidente et nécessaire, du développement de l'idée qui précède. L'erreur de droit n'est *valable* que là où elle est *nuisible*. Et elle n'est *valable* que parce que l'ignorance du droit apparaît comme l'expression de l'arbitraire de l'individu se déterminant librement lui-même. Cet arbitraire est valable dans le droit privé, en tant que celui-ci s'identifie avec cet arbitraire. Mais où des dispositions du droit public exercent leur action, c'est-à-dire, où la détermination propre et arbitraire de l'individu commence à n'être plus valable, sa détermination à l'ignorance du droit doit apparaître

deux cas, l'erreur de droit ne doit pas avoir d'effet préjudiciable (1).

Mais si la loi considère des classes déterminées d'individus, dont le développement intellectuel est tel qu'on ne peut nullement dire d'eux qu'ils *pouvaient* connaître le droit, s'ils le voulaient, l'ignorance n'apparait pas, chez eux, comme une libre détermination propre, et l'erreur de droit est, pour cette raison, non préjudiciable chez les mineurs, les femmes et *rusticitas* à différents degrés.

La doctrine de l'erreur de fait et de l'erreur de droit, ou de l'ignorance excusable et de l'ignorance non excusable, se résout donc pour nous en une doctrine de la connaissance qu'a l'individu de lui-même et de celle qu'il a de ce qui lui est étranger, en une doctrine de l'erreur dont il est cause et de celle dont il n'est pas cause ; et, de même que la doctrine de la violence et de la fraude, de l'erreur véritable et de l'erreur non véritable, elle nous est apparue comme reposant sur la conception rigoureuse de la détermination de l'individu par son idée véritable du libre arbitre. Il résulte en même temps de ce qui précède que, si le motif erroné, qui épuise la teneur de la volonté, n'infirme pas l'action (au cas où l'erreur est imputable au sujet agissant), mais lui laisse sa valeur, c'est parce qu'une conception stricte du droit arbitraire de la personne lui permet de ne pas savoir ce qu'elle DOIT savoir (le droit), et ainsi une action de ce genre est l'expression valable du libre arbitre personnel. Si, à la place de cette conception sèche et formelle, nous considérons celle d'après laquelle l'ignorance, même quand elle est la faute de l'individu, ne doit pas, étant contraire à l'idée de l'esprit, être considérée comme la détermination valable de celui-ci, comme son expression, comme ne dépendant pas de sa volonté ; et alors son erreur de droit ne sera pas nuisible. Ici, le droit d'ignorer n'a pas de valeur : il ne saurait donc conférer à un acte une certaine validité. L'on voit quelle est la rigueur de notre système : elle apparaît même dans les détails les plus spéciaux, les plus subtils.

(1) Cf. SAVIGNY, III, 337. PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, II, 217 sqq.

mais comme sa négation, nous ne pourrons plus, même dans le motif erroné, distinguer entre l'erreur dont on est cause et l'erreur dont on n'est pas cause, et l'acte provoqué par une erreur dans le motif absorbant la volonté tout entière ne devient pas, même si l'erreur est imputable au sujet, l'expression valable de la volonté : c'est ce qui se produit effectivement dans les législations modernes (1).

C. — Le quasi contrat ; negotiorum gestio.

La loi peut *supposer* une *volonté normale* de la personne. Ainsi, des droits qui semblent découler exclusivement

(1) Comme nous l'avons déjà montré (cf. p. 121, note 1), cette distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit existe dans le droit français, à l'exception de deux cas, lesquels, étant donnée leur nature particulière, peuvent à peine être appelés exceptions (art. 1035 et 2053 du Code civil).

Le Code prussien est moins précis sur ce point. Il faut toutefois, reconnaître qu'il s'écarte beaucoup du droit romain et qu'il subit visiblement l'influence des idées modernes. Au § 12 de l'introduction, il ordonne que personne ne pourra arguer de son ignorance de la loi dûment publiée. Mais ce principe très juste d'une manière générale et qui ne donne lieu à aucun doute, n'a, précisément à cause de cette généralité, rien à voir avec le point de vue mentionné plus haut ; c'est seulement la doctrine des déclarations de volonté du même Code, qui nous renseignera à ce sujet. Ici, il admet tout d'abord, pour la *condictio indebiti* (I[re] part., tit. XVI, § 166, 178, 116), l'erreur de droit en principe, tout en exigeant que la personne qui se trompe donne la preuve de son erreur. Pour l'erreur sur les qualités *supposées généralement* à la personne ou à la chose qui doit infirmer la déclaration de volonté, il fait dépendre l'action de l'erreur de ce fait qu'elle ne résulte pas de l'inattention de la personne qui agit : sur ce point, il se rapproche du droit romain (I[re] part., titre II, § 82). Mais pour l'erreur sur des qualités de la personne ou de la chose *supposées expressément*, la déclaration de volonté ne sera jamais valable, même au cas où celui qui agit aurait pu éviter l'erreur, § 77, 78. Dans cette erreur sur les qualités supposées expressément, se confondent ici l'*error in corpore* et l'*error essentialis* avec la simple erreur dans le motif, qui repose sur de

d'actes de *tierces* personnes et, partant, de la *loi*, doivent. même sans que l'individu agisse, être considérés au point de vue juridique *comme découlant de l'acte de volonté propre de l'individu*, quand l'institution juridique en question a pour caractère de reposer sur *une semblable volonté normale de l'individu supposée par la loi*, et d'en jaillir.

Les droits que confère à l'individu une semblable institution sont, du point de vue de la loi, *acquis* à l'individu par l'intermédiaire de son propre *acte de volonté supposé*, et une fois qu'ils existent, ils ne peuvent pas être modifiés par des lois ultérieures.

C'est ce qui se produit pour les quasi contrats et pour la *negotiorum gestio*.

Il va de soi que cette gestion repose sur une *volonté raisonnable de l'individu*, supposée, en vertu de son caractère normal, par la loi : néanmoins, comme cette conception de la gestion ne se rencontre pas chez nos juristes (1), nous allons lui consacrer quelques brefs développements.

Les anciens juristes romains ne parlent que de la *magna utilitas* de cette institution et la considèrent comme ayant été créée à cause de son *utilité* (2). Voilà qui n'est nullement contraire à notre conception. Cet argument d'utilité ne fait qu'exprimer, sous la forme d'un fait extérieur positif, ce qui constitue, d'après nous, l'idée juridique de cette institution. Ici la loi ne peut précisément supposer la volonté

semblables qualités, même si elles sont sans importance : donc le Code prussien considère ici l'erreur de droit, l'erreur coupable, comme non préjudiciable, c'est-à-dire comme non valable.

(1) Mais les philosophes du droit n'en parlent pas davantage. Quand, par exemple, Stahl (*Philosophie des Rechts*, I, 410 sqq., 3e ed.) explique les quasi contrats et spécialement la *negotiorum gestio*, en disant que le *besoin* de s'assurer, par une convention, la restitution ou un dommage-intérêt, peut faire naître, même sans convention, une réclamation de ce genre, — nous remarquerons que, pour copier ainsi le *utilitatis causa receptum est*, de Gajus, point n'est besoin d'écrire une philosophie du droit.

(2) Par exemple, GAJUS, I. V, *pr. de obl. et act.* (44, 7) « sed *utilitatis causa* receptum est, invicem eos obligari ». Cf. *Inst.* III, 27.

de l'individu que parce qu'il est *normal* que chaque individu veuille ce qui lui est *utile*.

La *volonté supposée* est l'idée véritable de l'institution. En voici des preuves : 1° d'abord au point de vue historique ; les juristes romains relèvent de préférence le cas d'*absence* du *dominus* (1) comme cas de *negotiorum gestio*, ou bien, des situations analogues, où le *dominus* est empêché (2) d'avoir une volonté *expresse*, et ils considèrent précisément ce cas de l'absence comme l'origine historique de l'institution (3) ; 2° la volonté supposée par la loi diffère de celle qu'a exprimée l'individu, la fiction diffère de la réalité ; aussi, quand le *dominus* (4) *déclare expressément son non-vouloir*, la gestion ne peut pas être laissée au gé-

(1) Par exemple, ULPIEN, l. I, *de neg. gest.* (III, 5) : « Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas *absentium* versatur, ne indefensi », etc. GAJUS, l. II, *ib.* « Si quis *absentis* negotia gesserit, etc. » ; *Inst.*, III, 27, § 1 : « Igitur quem quis *absentis* negotia gesserit », etc...

(2) V. l'édit prétorien lui-même (l. III, *ibid.*) : « Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quæ cujusque, *cum is moritur*, fuerint, gesserit, etc. » Celui qui meurt sera ordinairement empêché d'avoir une volonté expresse sur les *negotia*, et, après la mort, l'héritier peut être, avant l'*aditio*, dans cette situation. Du reste, l'édit ne relève le cas *quum is moritur* que pour rendre non préjudiciable l'incertitude sur la personne juridique dont j'ai dirigé les affaires ; v. ULPIEN, ouv. cit., § 5.

(3) Gajus dit cela expressément, l. V, *pr. de obl. et act.* (44, 7) : « *ideo autem si ita receptum est*, quia plerumque homines eo amino peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde causis novis intervenientibus ex necessitate diutius, quorum negotia deperire iniquum erat », et *Inst.*, III, 27, § 1.

(4) L'on sait que c'est là une doctrine commune à Julien, Pomponius, Paul et Ulpien, l. VIII, § 3, *h. t.* ; l. XL, *mandati* (17, 1). (« Si pro te præsente et vetante fidejusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est ; sed quidam utilem putant dari oportere, quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur ») et Justinien a établi cette doctrine en lui donnant une solution spéciale (*L. ult.*, c. II, XX).

rant (1), malgré toutes les dépenses utiles qu'il a faites, malgré l'*utilité* de cette gestion elle-même ; — ainsi, par ce simple fait, l'utilité n'apparaît pas comme la véritable idée juridique dernière de l'institution ; 3° la *negotiorum gestio* se fait même contre le gré du *dominus*, s'il s'agit de lui éviter des dommages imminents, en cas de force majeure, etc... (2) mais non pas, s'il s'agit d'effectuer une opération lucrative ; en effet, l'on doit raisonnablement supposer à chacun l'intention de se préserver des dommages et de conserver ce qu'il a ; tandis que l'intention d'entreprendre des opérations lucratives, qui n'en sont pas moins utiles, ne peut nullement être supposée comme étant la volonté normale de l'individu (3) ; 4° l'on constate très nette-

(1) Ainsi la *negotiorum gestio*, où l'on exécute la volonté, même la volonté présumée de l'obligé, se distingue très nettement de l'*actio funeraria*, par exemple, où l'on exécute l'obligation de celui-ci et où, par conséquent, sa défense expresse importe peu. L. XIV, § 6, 16, *de relig. et sumt. funer.* (11,7).

(2) Cf. VANGEROW, *Pandekten*, III, 484, 6e éd.

(3) Mais si le *dominus* veut bénéficier du *lucrum*, il reste redevable d'une compensation, car il accepte, en même temps que le lucre, les frais qu'il a nécessités. Mais ce n'est plus la *negotiorum gestio* ; c'est la *versio in rem* qui donne au *gestor* des droits sur le *dominus*, l. XI, 43, *de neg. gest.* (3,5) et l. V, *pr. de in rem vers.* (15,3). La grande différence juridique entre ces deux choses apparaît dans ce fait que, pour la *negotiorum gestio*, c'est le *dominus*, pour la *versio in rem*, c'est le *gestor* qui doit être exposé au hasard. Ce n'est là que l'expression extérieure de la différence d'idée suivante : dans la *negotiorum gestio*, l'action accomplie est l'expression de la volonté du *dominus* ; c'est pourquoi le hasard doit l'atteindre lui-même ; au contraire, dans la *versio in rem*, sa volonté n'intervient qu'après coup ; c'est pourquoi, puisqu'il accepte les avantages acquis, le hasard tombe du côté du *gestor*. De même, le *gestor* peut éprouver un préjudice, si le *dominus* ne *veut* pas conserver ce profit acquis. Ici donc la volonté tacite de l'individu qui oblige n'est plus supposée comme dans la *negotiorum gestio* qui se propose de préserver contre les dommages. Cf. Code prussien, Ire part., titre XIII, § 242 : « Si celui dont les affaires ont été gérées sans qu'il l'ait ordonné, renonce au profit, celui qui a géré le bien doit le remettre en état à ses frais et dédommager le propriétaire. »

ment que cette institution est fondée, non pas sur l'utilité, mais sur la volonté supposée du *dominus*, dans ce fait que, si à la suite d'accidents on n'a pas le profit auquel on s'attendait, le *dominus* reste engagé (1) pour les frais du gérant, par l'action de la *negotiorum gestio* (*contraria*); 5° enfin, cette volonté supposée nous permettra de comprendre la possibilité d'une controverse, qui a divisé les juristes anciens et nouveaux en deux camps nettement opposés : c'est la question déjà débattue entre Scevola et Ulpien : quelle influence peut avoir une ratification ultérieure du *dominus* sur la *negotiorum gestio* ; laisse-t-elle subsister, comme le prétend Scevola, cette action, ou la transforme-t-elle, comme le soutiennent ses adversaires, en une *actio mandati* (2) ?

En effet si l'on considère la *negotiorum gestio* extérieurement comme une simple gestion *faite en dehors de la volonté* du *dominus*, (puisque, en l'absence d'ordre du *dominus* cette action n'est qu'une action de fait et surtout parce que la ratification rétroagit toujours sur le commencement de l'action, selon le droit romain) on conçoit à peine qu'après une pareille satisfaction la *negotiorum gestio* puisse continuer à être considérée comme existante. L'interprétation que nous donnons de la *negotiorum gestio* qui, selon nous, est fondée sur la *volonté de l'individu supposée* par la loi, nous permettra de découvrir l'*origine dialectique intérieure* de cette controverse et de la justifier. Car, si la volonté du *dominus* est déjà supposée dans la *negotiorum gestio*, pourquoi cette action disparaîtrait-elle quand la supposition est *confirmée* ? C'est là le point important du raisonnement de Scevola (3). D'autre part : si la *negotiorum*

(1) L. X, § 1 ; l. XII, § 2 ; l. XXII ; l. XXXI, *pr.* ; l. XXXII, *pr.* ; l. XXXVII, § 1, *h. t.* ; l. XVII, *pr. de in r. v.* (15,3) ; l. XXII, *cod. h. t.*

(2) V. les détails bibliographiques sur la controverse dans Glück, V, 333 sqq. Thibaut, *Essais*, II, n° 10. Vangerow, *Pandekten*, III, 486, 6e éd.

(3) C'est pourquoi il fait ressortir que l'*approbation* n'exclut pas, en règle générale, la *negotiorum actio* : « Ceterum *si ubi probavi*, non

gestio est fondée sur la volonte *supposée*, la volonté *manifestée explicitement* doit avoir d'autres conséquences, et des plus importantes. Par conséquent, si la supposition est *confirmée*, la volonté *explicite* intervient avec ses conséquences autrement qualifiées, c'est-à dire, avec l'*actio mandati*. En réalité, la véritable solution est déjà donnée dans ce raisonnement abstrait. Welcker aboutit à la même solution par une autre voie, par l'analyse des textes légaux eux-mêmes (1). Pour le *dominus*, comme sa volonté expressément manifestée a remplacé sa volonté supposée, et pour cette raison, comme nous l'allons voir, *conditionnelle*, ce sont les conséquences plus importantes de la première qui comptent ; c'est pourquoi, même si la gestion a été mauvaise, il demeure aussi obligé par l'*actio mandati*, tandis que la volonté supposée par la *negotiorum actio* ne peut précisément être supposée qu'à la condition que la gestion sera la plus avantageuse possible. Par contre, par l'intervention de la ratification, la supposition légale s'est *simplement confirmée* (2) pour le gérant, et ainsi la nature de son action n'a été *altérée* en rien. Ainsi, malgré la ratification, il reste astreint aux seules obligations que lui imposait la volonté supposée, c'est-à-dire, il ne peut être attaqué que pour la *negotiorum gestio*. Après ce qui vient d'être dit, il est presque superflu de remarquer que, ainsi comprise, la *negotiorum gestio* ne devient nullement un mandat tacite. Ici aussi, dans la mesure où les différentes

est negotionum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim, quemadmodum recipiam ? » (l. IX, *h. t.*).

(1) C. Th. Welcker, *Diss. jurid. inaug. interpret. exhibens leg.* 9, *de neg. gest*, etc. (Giessen, 1813) et Vangerow, ouvr. cit.

(2) Ici s'explique également la possibilité de l'autre point de vue, d'après lequel la *negotiorum gestio* doit être considérée, à cause de l'acceptation du maître, supposée par le *gestor*, comme un mandat supposé de la part du *gestor* ; et ainsi l'on impose, explicitement, à ce dernier, les obligations du mandat. C'est ce que fait le Code Napoléon, art. 1372 : « Il (le gérant) se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un *mandat exprès* que lui aurait donné le propriétaire ».

législations admettent un mandat tacite, une volonté tacite est supposée. Mais ici elle est supposée comme existant en *fait*, comme existant *réellement*, tandis que dans la *negotiorum gestio* elle est expressément *supposée* par la loi comme *supposée* et *traitée comme telle*. En d'autres termes : dans la mesure où les législations admettent l'acceptation d'un *mandatum tacitum*, la personne est considérée comme ayant voulu *réellement*, quoique d'une façon tacite, cette action *déterminée*, même si elle a donné mandat, tacitement, à une tierce personne d'exécuter cette action. Ainsi, dans le mandat tacite, le *dominus* est soumis, tout comme dans le mandat explicite, aux conséquences de l'action en tant qu'expression déterminée et absolue de sa volonté ; cela reste vrai, même quand cet acte a été sans profit, ou quand l'exécution du mandat, qui n'est fait que de dol et d'erreurs grossières, n'a pas été la plus avantageuse. Par contre, dans la *negotiorum gestio*, la volonté du *dominus* est aussi traitée expressément par la loi comme supposée *en vertu de son caractère normal* : elle est supposée pour l'unique motif qu'il est *normal* et *rationnel* de vouloir ainsi. Ainsi l'acceptation de la volonté est attachée à la *condition* que la gestion des affaires a été entreprise dans un *but utile* et a été faite de la *meilleure façon possible* (1) ; il en résulte que, non seulement la moindre inadvertance qui viole cette condition est imputée au *gestor*, mais encore que, même l'entreprise *utile*, si elle a donné un véritable profit, sera considérée comme *faite* par le maître, parce que la condition d'une volonté supposée est réalisée ici : si, au contraire, il en est résulté des dommages, elle est imputée au *gestor* lui-même (2) ; et ainsi, à cause de la *nature conditionnée* de la volonté supposée, l'action a une double

(1) Cf. I. XX, c. *de neg. gest.* (2, 18) et particul. *Inst*, III, 27, § 1 : « nec sufficit talem diligentiam adhibere *qualem suis rebus* adhibere soleret, *si modo alius diligentior commodius administratum esset negotia* ».

(2) L. XI, *de neg. gest.* (3, 5).

face, que l'on ne rencontre pas dans le mandat tacite, (1) qui représente toujours une volonté absolue (2).

Ce développement nous a en même temps appris, *quand*, et *pourquoi* la *negotiorum gestio* devient, grâce à sa nature dialectique, un mandat tacite. Une volonté *supposée* du *dominus* ne peut exister que quand le *dominus* ne peut rien savoir de la cause de la gestion, du danger menaçant, etc... ou du moins n'en sait rien ; par exemple, il est *absent* ou, bien quoique présent, et pouvant connaître le *motif* de la gestion, et le sachant même, il n'agit pas, soit pour cause d'erreur dans ses calculs, soit par négligence ; et ainsi, la *gestion elle-même*, il l'ignore et est donc ignorant d'elle. C'est pourquoi les lois romaines exigent si souvent que le *dominus* soit absent et ignorant ou tout au moins ignorant (3). Mais, s'il n'était pas ignorant de la gestion elle-même, s'il la connaissait sans l'empêcher, il ne peut plus être question de suppléer à sa volonté de faire l'action déterminée par une volonté supposée, qui serait la volonté normale générale de l'individu de ne pas subir les dommages. Ici, nous sommes, au contraire, en présence d'un cas où la règle *qui tacet consentit* est réellement appliquée. Quiconque sait qu'un tiers gère ses affaires et ne s'y oppose pas se montre par ce fait consentant. Ici donc plus n'est besoin de justifier la supposition de sa volonté par la nécessité et l'utilité et par le souci extrême de la gestion des affaires : il serait indispensable de le faire si sa volonté

(1) L'on peut mentionner aussi l'obligation du gérant qui découle de la même condition : l'obligation de poursuivre jusqu'au bout son entreprise ; pour le mandat cette obligation n'existe pas.

(2) Le Code français ne semble donc pas conséquent avec lui-même, quand il l'assimile (art. 1372) au mandat exprès : c'est pourquoi le Code Napoléon ne peut s'en tenir là, et dans les articles suivants (1373 et 1374), il impose des obligations plus lourdes au gérant qu'au mandataire.

(3) Par exemple, GAJUS, l. II (*h. t.*) : « Si quis absentis negotia gesserit, licet *ignorantis* », etc. POMPONIUS, l. XI (*h. t.*) : « Si negotia *absentis* et *ignorantis* geras ». PAPINIEN, l. XLVIII (*h. t.*) : « *Ignorante* quoque sorore », etc.

doit être considérée comme participant à une action qu'il ignore, en vertu de la nature rationnelle générale de la volonté ; mais comme ici, sa volonté de l'action *déterminée* et connue de lui, entreprise par le gérant, est impliquée par son silence, la *negotiorum gestio* devient d'elle-même un mandat tacite. Aussi Ulpien dit-il à juste titre (1). « Semper qui *non prohibet* pro se intervenire, *mandare* creditur ». L'on voit qu'il était d'une extrême importance de ramener la *negotiorum gestio* à son caractère intime de volonté du *dominus* supposée par la loi, et, pour cette raison conditionnelle. Car, s'il n'en était pas ainsi, une loi, augmentant les obligations du gérant qui serait publiée *au cours* d'une *negotiorum gestio* ne pourrait pas, à la vérité, être appliquée, car le gérant a accompli également des actes volontaires tout extérieurs, qui ne peuvent pas être altérés rétroactivement. Mais, par contre, il pourrait sembler que si une nouvelle loi diminuant les obligations du gérant est publiée au cours de la gestion, celui-ci doit en bénéficier. Il en serait réellement ainsi (cf § 12) si les droits du *dominus* ne découlaient que de la *loi*, et non pas, comme il a été démontré, de sa propre volonté *supposée* par la loi et pour cette raison, conditionnelle : donc la *negotiorum gestio* est un *contrat conditionnel* entre le *gestor* et le *dominus* ; voilà qui nous explique pleinement et justifie (2) le terme de quasi contrat : enfin, des deux côtés les droits sont acquis d'une façon nécessaire, puisqu'ils sont procurés par l'intermédiaire d'une volonté réelle et d'une volonté individuelle supposée.

La *condictio indebiti* a le même caractère que la *negotiorum gestio* pour la partie pressante. La loi peut supposer chez elle la volonté normale de rembourser au cas éven-

(1) L. LX, *de reg. jur.* (50, 17).

(2) Ainsi cette justification est totalement négligée par les institutions qui donnent cette définition tout extérieure : « sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur » (*Inst.* III, 27). V. le passage relatif au quasi contrat au chapitre du *Droit successoral* (2e vol.).

tuel où une dette n'existe pas. La supposition d'une volonté opposée *éventuelle* impliquerait un dol (1) qui ne peut pas être présumé. Aussi le code Napoléon est très conséquent, en déclarant expressément, art. 1376 : « Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû *s'oblige* à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ».

D. — Usucapion.

Des droits qui découlent en apparence de *simples événements*, peuvent, même *sans* être transmis par l'intermédiaire du droit familial (v. A) être réduits à des droits, qui, selon la loi, découlent de la propre action de volonté de l'individu.

C'est ce qui se produit pour l'usucapion et les différentes espèces de prescriptions analogues (*longi temporis præscriptio et nonusus* dans les servitudes). L'usucapion peut tout d'abord sembler un droit résultant de l'*écoulement d'une certaine période*, ou bien une institution opportune et *toute positive* créée par la loi pour éviter l'insécurité et les contestations. Et alors le droit qui en découle devrait être considéré comme concédé par la loi ; si l'usucapion une fois *accomplie*, une nouvelle loi supprimait cette institution ou en modifiait les conséquences, elle devrait également atteindre ce droit. Or, ce raisonnement n'est pas confirmé, parce que cette supposition sur laquelle il s'appuie serait faussée.

Il faut dire que l'acquisition procurée par l'usucapion jaillit de la *conscience* et de l'*activité* de l'individu. Je m'approprie une chose par le fait que je la rends mienne avec mon *savoir* (*bona fides*) et mon *vouloir* et que, pendant

(1) D'après le droit romain, le fait que celui qui reçoit a conscience de l'erreur commise, implique un vol. L. XVIII, *de cond. furtiva* (13,7) : « ... furtum fit cum quis indebitos nummos sciens acceperit. »

une période déterminée, je la *traite comme telle.* Il est donc indispensable que je la *sache* mienne ; autrement la volonté de la (1) rendre *mienne* serait exclue ou inefficace, étant dolosive. C'est donc l'*animus domini*, la volonté déterminée de l'individu de rendre une chose sienne et de la traiter comme telle qui *la rend sienne.* Ainsi l'usucapion a une nature analogue à celle de l'occupation d'une chose sans maître par la volonté individuelle ; la seule différence, c'est que, dans l'usucapion, la simple prise de possession n'est pas suffisante ; l'individu doit, pendant une période déterminée, avoir voulu la chose comme sienne et l'avoir traitée comme telle, sans que pendant cette période la volonté du propriétaire se soit exercée sur cette chose. C'est uniquement la *détermination quantitative* de cette durée nécessaire à la volonté et à l'activité de l'individu pour devenir *efficaces* et pour acquérir une chose appartenant à un tiers, qui est l'élément réellement positif de l'*usucapion.*

Quand donc le délai imparti par la loi est écoulé, l'usucapion devient, en tant qu'acquisition procurée par l'intermédiaire d'un acte de volonté individuelle, un véritable droit acquis, lequel, par conséquent, ne saurait être atteint par une loi ultérieure modifiant les conditions de l'usucapion.

Il se dégage en outre de ce qui précède que les délais *quantitatifs*, dans lesquels l'usucapion devient efficace, doivent, en tant que dispositions purement positives et fixées *par la loi*, rester soumis pendant toute leur durée à tous les changements de lois, et être, dès la publication de celle-ci, immédiatement prolongés ou diminués. Ici, aucune action individuelle n'est modifiée *ex post* ; en effet, l'acte individuel efficace dans l'usucapion n'est complet qu'après

(1) Aussi l'absence de *mala fides* ne suffit pas, mais la connaissance positive de l'objet comme mien est nécessaire pour que commence l'usucapion. Cf., par exemple, l. I, C, *de acqu. et ret. poss.* (7, 32) « per liberam personam ignoranti quoque possessionem adquiri, et *post quam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse*, etc... »

s'être exercé sur toute la période déterminée, et les différents actes accomplis par l'individu jusqu'à ce terme sont préparatoires en tant qu'actes matériels, mais n'ont aucune efficacité ni juridique, ni conceptuelle.

E. — Omissions, Prescription ; Obligation naturelle et civile ; Loi, formalités de la preuve et formes de la volonté civile.

Des droits issus de simples *omissions* sont procurés par l'intermédiaire d'actes volontaires individuels et ont ainsi une nature de droits acquis si ces omissions représentent une *action cachée.*

Ce cas se produit quand des lois font dépendre l'acquisition de droits de leur prise de possession dans un délai déterminé (cf. § 6). Ne rien faire pendant cette période équivaut à un acte : en n'agissant pas, l'on se départit volontairement d'un droit que l'on a possédé. C'est ce qui se produit dans la prescription en matière de plainte (1).

Cette idée est exprimée par Paul sous la forme suivante : *Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea quia non facit* (2).

Si, en conséquence, il existe dans la prescription un acte tacite, volontaire et individuel du créancier, nous pouvons également en découvrir un du débiteur. Car si l'on veut appliquer ici les règles de la donation et de la renonciation, d'après lesquelles l'*acceptation* est nécessaire, d'une manière générale, pour donner à la renonciation un caractère obligatoire (3), on ne soulèvera pas de grosses difficultés en admettant que si la *renonciation* est *tacite*, son *acceptation* n'a besoin, d'après la nature de la chose, que d'être *tacite* ; souvent même elle ne peut être que tacite ;

(1) A cause de sa nature qui représente une action volontaire, il faut dire : « agere *non valenti non currit* præscriptio ».

(2) L. CXXI, *De R. J.* (50,17) ; cf. XXVIII, *pr. de V. S.* (50,16) : « Eum quoque *alienare* dicitur qui non utendo amisit servitutes. »

(3) Cf. VON MEYERFELD, *die Lehre von den Schenkungen* (Marburg, 1835), I, 208 et FRITZ, *Jur. Archiv.*, VIII, n° 15.

c'est pourquoi l'on peut dire qu'elle existe comme telle dans l'acte de ne pas payer. Cela est conforme à ce qui arrive dans les cas, très peu nombreux, où les donations peuvent se faire par simple omission (1) ; ici, l'on n'exige pas une acceptation spéciale, et souvent même cette acceptation est totalement impossible (2).

En réalité, pour écarter complètement cette difficulté, il est nécessaire de déterminer jusqu'à quel point l'action de l'ayant droit implique une renonciation ; et, par la même occasion, nous jetterons un peu de lumière sur une autre question très discutée. Lorsque le créancier laisse la prescription se produire, il n'a pas nécessairement l'intention d'*enrichir* son débiteur, l'intention positive de n'être pas payé : *il s'en rapporte pour le paiement de sa dette à la libre volonté de son débiteur.* Il en résulte qu'il renonce aux *mesures coercitives* pour faire rentrer sa créance, mais non à la créance elle-même, ou, en d'autres termes, qu'il renonce au caractère *civil* de l'obligation ; mais l'*obligatio naturalis n'en subsiste pas moins* (3).

(1) Cf. SAVIGNY, *System*, suppl. IX, au 4e vol.

(2) Opposition que l'on exprime d'habitude sous cette forme : c'est l'*actio* et non le *droit* qui est détruit.

(3) Il nous semble que notre développement jette une lumière définitive sur la question de savoir si la prescription laisse subsister ou non une *obligatio naturalis* (Cf. la bibliographie sur ce point dans SAVIGNY, *System*, V, 373, note). La majorité des juristes les plus considérables ont répondu affirmativement à cette question. Ce n'est pas ici le lieu d'insister plus longuement sur ce point. Remarquons seulement que ce qui est dit ici de la prescription en matière de plainte n'est naturellement applicable qu'aux plaintes personnelles. Pour les plaintes *in rem*, le centre de gravité se trouve dans l'usucapion, toute différente de la prescription de la plainte, c'est-à-dire dans l'activité individuelle ; ici l'individu (cf. D) *rend la chose sienne* par sa propre activité, indépendamment du propriétaire : donc l'*actio* et l'*obligatio* sont exclues. La non-activité du propriétaire et la prescription de la plainte passent dans l'usucapion au second plan et servent uniquement à rendre possible à l'usucapant la propriété.

Quiconque paie de son plein gré une dette qui ne représente qu'une *obligatio naturalis*, ou promet de la payer, ne fait pas là une donation, parce qu'il n'enrichit pas réellement la personne à laquelle il donne. Mais, quoiqu'il n'ait pu être astreint à payer par des mesures coercitives, il donne à cette personne ce qui lui appartenait déjà réellement (1). La fortune *n'est pas augmentée par ce fait* (2).

Si donc la prescription ne supprime pas l'*obligatio naturalis*, le monde admettra qu'il en est de même pour le paiement de la dette prescrite. Puisque le paiement de la simple *obligatio naturalis* n'enrichit pas le créancier (au sens juridique, il lui donne ce qui lui appartient déjà), un acte, consistant dans une omission, acte par lequel une obligation civile devient une simple obligation naturelle, ne peut pas davantage enrichir le *débiteur*. Cette conclusion a déjà été tentée par Savigny (3). Mais celui-ci ne parvient pas à se faire une idée nette sur cette question. « Cette raison, dit-il (4), ne saurait être considérée comme décisive. Abstraction faite des mesures contingentes de coercition, l'*obligatio naturalis* a son point d'appui dans les sentiments juridiques du débiteur, et c'est surtout pour cette raison que le paiement volontaire ou expromission n'est pas considéré comme don, mais comme paiement habituel de dettes. Mais si le créancier laisse sciemment arriver la prescription, ce qui n'est qu'une *forme de la remise de la dette*, cette volonté du créancier supprime chez le débiteur ce motif-là (celui de l'accomplissement volontaire d'une obligation). »

Mais l'on voit déjà clairement que l'objection que Savi-

(1) L. XIX, § 4, *de don.* (39,5) ; L. LXIV, *de cond. indeb.* (12,6) : « ... naturale agnovit debitum. »

(2) Paroles de Savigny.

(3) *System*, IV, 583 : Comme par la prescription de la plainte une *civilis obligatio* est transformée en une *naturalis*, cette transformation inverse ne semble pas pouvoir être considérée comme une donation. »

(4) *Ibid.*, note *a*.

gny s'adresse à lui-même ne repose pas sur une distinction suffisamment nette : elle ne tient pas devant la détermination du concept faite plus haut. En effet, il n'est point vrai que la prescription soit une *forme de la remise*. Car ce n'est pas la dette elle-même qui est remise (1), mais, par le fait que l'on renonce aux mesures coercitives, l'on s'en remet, pour le paiement, *à la volonté juridique du créancier* (2).

Mais, comme la volonté juridique doit tendre à l'acte libre de remplir l'obligation, par le fait que l'on en appelle uniquement à cette volonté et que la dette elle-même n'a pas été remise, le motif de remplir librement l'obligation ne disparaît nullement et la *naturalis obligatio* subsiste. Ou, ce qui est plus juste et plus conforme au caractère de la matière dont il s'agit ici, la renonciation aux mesures coercitives n'implique en rien l'intention positive d'*enrichir* le débiteur. Le créancier a *renoncé* aux dites mesures, mais non à sa demande elle-même. Cette renonciation li-

(1) Cela est prouvé de la façon la plus rigoureuse par l'effet juridique. que conserve la *naturalis obligatio* en qualité d'exception, par exemple, dans la compensation ou le droit d'hypothèque, etc. Un pareil effet juridique persistant de la *naturalis obligatio* serait tout à fait impossible, si par la transformation de *civilis obligatio* en *naturalis obligatio*, la dette elle-même était remise [peu importe que cette transformation résulte de la prescription de la plainte ou d'une tout autre cause, comme par exemple, la prescription d'un procès qui laisse — L. VIII, § 1, *ratam rem* (48,8) — un *naturale debitum* qui peut être compensé, etc..]. D'ailleurs, quiconque pense, comme Savigny, que la prescription en matière de plainte laisse subsister une *naturalis obligatio*, comme elle n'a d'autre résultat que de réduire l'*obligatio civilis* en *naturalis*, devrait, si celle-ci doit néanmoins impliquer une remise de la dette, admettre aussi bien pour toutes les autres actions, dans lequelles je vois une *exceptio* pouvant produire cette réduction (par exemple l'*exceptio Sc. Macedoniani*), une semblable remise de la dette.

(2) C'est là la grande différence de concept qui existe entre le fait de laisser se produire la prescription et l'*acceptilation*, c'est-à-dire, le contrat par où l'on renonce à la dette elle-même et qui, pour cette raison, exige, par sa forme de contrat, l'acceptation spéciale du débiteur.

mitée aux mesures coercitives existe également quand, par simple négligence, le créancier permet à la prescription de se produire. Celui qui ne se préoccupe pas des formes et conditions que lui impose le *jus civile*, pour lui assurer l'obtention de ses droits, renonce sans doute à la *sécurité* que lui offre le droit positif et perd ainsi tout moyen légal pour soutenir ses revendications ; mais il n'a pas non plus l'intention positive de faire un don (1).

Si donc il est établi que, tout en représentant une action volontaire et une renonciation du créancier aux mesures coercitives, la prescription n'implique néanmoins pas une intention d'*enrichir*, l'on s'explique pourquoi, dans cette renonciation, il n'est point besoin d'une *acceptation* spéciale, pour lui donner un caractère obligatoire.

En réalité, le débiteur accepte tacitement, de même que le créancier renonce tacitement.

Si le créancier déclare par son omission qu'il s'en remet pour le paiement de la dette à la volonté du débiteur, l'omission de ce dernier — le fait de ne pas payer dans le délai de prescription — est également un acte caché par lequel il *accepte* que l'on s'en remette, désormais, à sa volonté (2).

C'est également ce qui arrive quand le débiteur n'a pas

(1) La prescription en matière de plainte est, comme le prouvent également son idée et son histoire, une *institution juridique d'un caractère purement positif*. Elle ne devient un *acte volontaire* de l'individu que par le fait que l'individu laisse volontairement se passer les délais impartis par cette loi, lesquels constituent les conditions qui lui sont imposées pour la conservation de ses droits. Le droit, d'abord purement légal, devient donc, comme dans la plainte (cf. §§ 3 et 6), par le fait que l'individu en prend possession, un droit individuel ; la seule différence c'est que l'acte apparait ici sous la forme d'inaction.

(2) Voilà qui nous permettra de mesurer mieux encore l'importance de la règle d'Ulpien, l. I, *de except.* (44,1) : « Agere is enim videtur qui exceptione utitur, nam reus in *exceptione actor est.* » Si celui qui use d'une exception agit, celui qui, par une inaction arbitraire, crée cette exception, agit certainement aussi.

payé, soit par négligence, soit par ignorance de la dette. Cette négligence et cette ignorance elle-même indiquent certainement qu'il ne s'oppose pas à ce qu'on renonce aux mesures coercitives, dont on dispose contre lui, et que l'accomplissement de ces obligations légales devienne pour lui une obligation naturelle et morale (1). Quiconque ne veut pas cela, quiconque veut *garantir* contre soi-même ou contre son propre héritier le créancier, doit se préoccuper de ses dettes et payer avant l'expiration du délai de prescription. Il existe donc de part et d'autre un *accord*, qui, pour être tacite, n'en est pas moins complet, et par lequel une affaire, qui appartenait primitivement au domaine du droit civil, est transportée dans celui de la volonté libre et naturelle ; c'est comme si les deux parties avaient décidé dès l'abord, comme elles étaient libres de le faire, de ne pas tenir compte, dans leurs actes, du droit civil, et de s'en rapporter uniquement à la volonté naturelle. Si, sous le régime d'une loi qui, pour un contrat d'emprunt, fait dépendre (2) la validité du taux des intérêts convenus de l'existence d'un contrat écrit, le créancier prête à intérêts, sans qu'il y ait convention écrite, il ne saurait certainement pas être question chez lui d'une *intention d'enrichir* l'emprunteur. Cette intention est *exclue expressément* par sa propre action — l'*engagement pris de vive voix* de payer des intérêts — et l'établissement d'un contrat écrit a été

(1) Il n'est pas du tout superflu d'insister sur ce point, car, à la vérité, on ne peut augmenter la fortune de personne par force ; il y aurait même dans un pareil fait une *injuria*, v. Böcking, *Pandekten des röm. Privatrechts*, I, 366, note 12. Mais de ce qui précède, il résulte encore que, malgré l'expiration du délai de prescription, le créancier ne *peut* pas empêcher le débiteur de lui payer la dette prescrite.

(2) On lit, par exemple, dans le *Code prussien*, 1re part., titre XI, § 729 : « Mais si un contrat d'emprunt doit être conclu, pour une autre époque déterminée, contre des intérêts ou pour d'autres conditions, si le créancier veut pouvoir se plaindre en accomplissement de ces conventions, un contrat écrit est nécessaire, quelle que soit la somme prêtée. »

omis, soit par négligence, soit à cause de la confiance qu'avait le prêteur en l'emprunteur. Mais, par le fait de l'omission du contrat écrit, l'obligation est transportée, dès l'abord, et d'un commun accord, du domaine du droit civil dans celui de la volonté naturelle, et, partant, ne dépend que de celle-ci.

Ainsi, comme la prescription implique un commun *accord* de transporter l'accomplissement d'une obligation de la sphère du droit civil dans celle de la volonté du débiteur, une fois que cet accord sera *survenu*, par l'expiration du délai, il ne pourra naturellement pas être atteint par des lois nouvelles supprimant la prescription ; tandis que, si une semblable loi survenait au cours du délai — donc avant qu'il y ait accord, — elle serait immédiatement applicable.

On nous objectera peut-être qu'en considérant la prescription comme un accord qui, à la vérité, ne supprime pas la dette, mais s'en remet pour son paiement à la volonté naturelle du débiteur, nous en faisons une stipulation, par laquelle le débiteur promet une certaine chose sous la condition *si velit*, stipulation qui, comme on sait, est la négation de toute obligation (1). Mais c'est être dupe des apparences que de soutenir une pareille objection. Quand je stipule et que, par ce fait, je fais dépendre mon obligation de ma volonté, mon acte est contradictoire et s'annule lui-même : en effet, je prends une *obligation de droit civil* que *j'annule* au même moment en la faisant dépendre de ma volonté naturelle. Cette simultanéité de deux actes contraires leur enlève à tous deux toute valeur. En stipulant et en supprimant au même moment ma stipulation, je n'ai nécessairement *rien fait* (2).

(1) L. XVII ; L. XLVI, § 3 ; L. CVIII. § 1, *de verb. oblig.* (45,1) ; L. VII, *pr. de contr. emt.* (18,1) ; cf. *Code prussien*, Ire part., titre IV, § 108, et *Code Nap.*, art. 1174.

(2) Dans un arrêt intéressant, la Cour de cassation décida, le 31 déc. 1843 (Sirey, 35, 1, 525), qu'un contrat de vente qui stipulait que le prix d'achat devait être payable « *à la volonté* de l'acquéreur », et devait jusqu'à ce moment-là rapporter des intérêts exi-

Il en est tout autrement dans le cas que nous avons examiné. Ici, — dans la prescription — les mesures coercitives, formées par le droit civil, ne sont pas *posées* par l'accord, comme dans la stipulation purement *potestative*, mais lui sont *antérieures* (1) et ne *peuvent être supprimées que par lui* : donc il y a eu quelque chose de fait qui n'a rien de contradictoire et qui est très efficace (2). Des lois sur la

gibles tous les ans, ne contenait pas de condition potestative infirmative, parce qu'il représentait une constitution de rente. Nous considérons comme juste cet arrêt, mais non le motif exprimé de cette façon. Les parties n'avaient pas en vue une constitution de rente, et déjà pour cette seule raison, leur acte ne peut pas être considéré comme tel. Mais du fait que les intérêts étaient annuellement exigibles, il résultait que l'acte ne contenait pas la contradiction (dont il vient d'être question), consistant à poser une volonté civile, puis à la supprimer et à la soumettre à la liberté naturelle. C'était là le cas pour la principale stipulation, le paiement du prix d'achat. Mais restait l'obligation civile de payer des intérêts. Ainsi quelque *chose était fait* ; il restait une mesure coercitive du droit civil et la contradiction intime, qui constitue l'essence de la *conditio si velit*, ne se rencontrait pas.

(1) A cette antériorité des mesures coercitives se rattache le fait que dans l'institution, comme héritier du *Suus*, qui est un héritier involontaire, si l'on ajoute la condition *si velit*, on n'infirme rien : au contraire, on supprime d'une façon efficace son *obligation* et on transforme son acquisition de l'héritage en acquisition volontaire (L. LXXXVI, *de her. inst.*, 28,5 ; L. XII, *de cond. inst.*, 28,7). L'on ne peut pas dire que c'est pour la raison que le testament transmet au *Suus* le droit modifié par les conditions de volonté. Le *Suus* ne tient pas son droit du testament. Il l'a antérieurement à ce testament, malgré ce testament, s'il n'y figure pas. Pour qu'il ne l'ait pas, il doit être formellement déshérité ; le droit lui doit donc être enlevé par le testament. Et d'ailleurs, comme le *Suus* est contraint à hériter, le *si velit* ne supprime pas son droit, mais uniquement son obligation, et c'est là une disposition par laquelle l'obligation d'un obligé est rattachée à sa volonté naturelle. Cela est admissible, parce que l'obligation légale est antérieure au testament et n'est *que* supprimée par celui-ci et non pas posée et supprimée en même temps. La *conditio si velit* est toute différente pour le legs et ne saurait être examinée ici.

(2) De même dans l'exemple, cité plus haut, où aucun contrat écrit ne stipule les intérêts convenus, [on ne trouve pas la contra-

prescription — c'est là le résultat de notre développement — ne peuvent pourtant pas rétroagir sur les revendications prescrites parce que, quand, par une commune volonté des deux individus, une obligation est soumise à la simple volonté naturelle, et quand on renonce aux mesures coercitives du droit civil, cette limitation de l'obligation à la volonté naturelle et cette renonciation à la coercition du droit civil ne peuvent pas être modifiées par des lois ultérieures, sans altérer des actions individuelles antérieures et entamer leur efficacité.

En même temps nous avons développé la loi qui régit une question très importante, qui ne peut être comprise qu'ici dans sa vraie nature ; ceux qui ont méconnu cette nature ont abouti aux solutions les plus fausses.

Si nous voulions strictement observer l'ordre logique de cet ouvrage, nous devrions examiner cette question en un autre lieu. Mais comme la réponse à ladite question résulte, d'après sa nature intime, du développement qui précède, nous y gagnerons en brièveté et en clarté, si nous nous en occupons dès à présent. Il nous suffira donc de remarquer, dans l'intérêt de la disposition logique de l'ouvrage, que le § 2 prend fin ici, et que la digression qui va suivre ne figure ici que parce que la question dont il s'agit ne peut être comprise que dans son rapport avec le présent développement ; nous éviterons de la sorte de longues redites indispensables. Nous poserons immédiatement la question telle qu'elle doit être posée d'après sa nature conceptuelle, quoiqu'elle n'ait justement pas été posée de la même façon dans les cas où il s'agissait de l'appliquer : d'où de nombreuses solutions erronées.

Qu'adviendra-t-il quand la simple volonté naturelle est mise, par une modification de la législation, dans une situa-

diction logique de contracter en même temps une obligation civile et de la rattacher à la volonté naturelle, c'est-à-dire, de la supprimer ; on n'a créé, au contraire, qu'une obligation par la volonté naturelle et l'on a évité la sphère du droit civil, acte tout à fait logique et partant complètement efficace.

tion telle qu'elle possède les qualités requises pour l'existence de la volonté civile? L'obligation que l'on fait reposer, au moment de l'action, sur la simple volonté naturelle, devient-elle, après coup, une volonté civile, quand, d'après la nouvelle loi, la même action suffirait pour constituer une volonté civile ?

Il suffit de poser la question de cette façon et de la ramener ainsi à sa véritable nature conceptuelle, pour comprendre, d'après ce qui précède, qu'on ne saurait y répondre affirmativement. Autrement, il y aurait rétroaction. En changeant en volonté civile la volonté naturelle de l'individu, on lui fait violence ; l'on supprime la liberté qu'il s'était réservée, l'on impose à son action une efficacité plus grande que celle qu'elle avait et devait avoir dans l'intention des individus se contentant de l'obligation de la volonté naturelle et renonçant à la coercition du droit civil.

Nous en trouvons une première application dans la prescription du Code prussien déjà citée, d'après laquelle la convention d'intérêts dans un emprunt ne peut donner lieu à une plainte en exécution de cette convention « que quand un contrat *écrit* à été conclu ».

Si à présent une nouvelle loi *supprimait* la nécessité d'une promesse d'intérêts écrite, une convention d'intérêts *verbale*, faite sous le régime du Code prussien, deviendrait-elle efficace par ce fait? L'on résout négativement cette question et à juste titre. Mais il n'est pas seulement d'un intérêt théorique, il est, comme on va bientôt le voir, d'un intérêt pratique manifeste de démontrer que les *raisons*, sur lesquelles on appuie cette décision, n'ont pas une extension suffisante, et devaient nécessairement conduire à de grandes erreurs pratiques. L'on fonde cette décision sur ce fait que la *forme* d'une affaire juridique doit toujours être jugée d'après les lois en vigueur à l'époque de son accomplissement ; ce faisant, l'on confond la *forme* de l'affaire juridique qui, d'après la loi, est nécessaire pour qu'il y ait volonté civile, et la *forme* requise par la loi pour *l'aptitude d'une action à servir de preuve*.

Si l'on ne fait pas cette distinction, la formule d'après laquelle seule la loi en vigueur au moment de l'action importe, quand il s'agit de la forme de l'affaire judiciaire, est, à la vérité, absolument juste, si la loi ultérieure rend plus *complexes* les formes de l'affaire judiciaire. Car si l'on appliquait ici la loi ultérieure, on annulerait une action voulue antérieurement par l'individu.

Mais la formule devient embarrassante et douteuse quand la nouvelle loi, au lieu de rendre plus complexe la forme de l'affaire judiciaire, *la simplifie*, et que son *application laisse subsister tous les effets de la volonté individuelle*. Ici la formule ne sera plus absolument juste (1), et où elle le sera, elle paraîtra perdre son fondement intime, sa vérité conceptuelle. Sur quoi se fonde, en réalité, cette formule d'après laquelle le contrat doit être jugé suivant les lois en vigueur à l'époque de sa conclusion ? Sur le fait que l'acte de volonté individuelle ne doit pas être dénaturé rétroactivement. Or, dans le cas que nous avons supposé, l'*acte individuel* existait dans le fait que le débiteur *s'engageait* à payer des intérêts. Comment donc, si l'on n'établit pas d'autres distinctions, pourrait-il se plaindre de ce que l'on a dénaturé rétroactivement son acte de volonté individuelle en y appliquant une loi nouvelle ?

La difficulté que nous examinons ici ne prend une consistance extérieure que sous le régime du Code prussien, qui, au § 17 de son introduction, prescrit que :

« Des actes antérieurs que la loi ancienne infirme pour ne pas satisfaire aux formalités requises ne sont *valables* que dans la mesure où les formalités édictées par les *nouvelles* lois ont été remplies à l'époque où s'est produit le conflit. »

Sans doute ce paragraphe est combattu par la grande majorité des écrivains juridiques (Savigny, VIII, 409, sqq. Bornemann, p. 17, sqq.). Mais déjà la justesse relative en

(1) Par exemple dans les testaments. Cf. *Code prussien*, et § 11 de cet ouvrage.

transparaît ici, et elle nous apparaîtra bientôt très clairement. Et en tout cas, cette disposition législative doit renforcer encore la valeur des objections conceptuelles qui viennent d'être faites contre la suffisante justesse de la formule.

Si l'on considère expressément, comme on fait souvent, la formule *tempus regit actum*, comme une formule sur l'aptitude d'une action à servir de preuve, elle reste juste quand la loi supprime des moyens de preuve valables antérieurement. Car la force probante qui, d'après la loi, existe dans la force déterminée d'un acte individuel, est quelque chose qui est *posé* volontairement par l'individu qui a entrepris cet acte, comme du reste toutes les autres parties de son acte : par conséquent, ainsi que tout ce qui constitue son action, c'est quelque chose d'*acquis* (1). L'in-

(1) Cette nature acquise de la force probante que confère à un acte la loi en vigueur à l'époque où il est exécuté, est totalement méconnue de Bergmann. Il croit (v. p. 27) que, d'après l'*idée pure de la chose*, idée qu'il oppose partout comme un fantôme aux droits positifs, des moyens de preuve admissibles au moment de l'acte doivent être exclus par une loi ultérieure plus rigoureuse. Il s'appuie sur le fait que ce qui importe dans la preuve c'est la *conviction du juge*. Or, celle-ci est objet du présent. « En conséquence, dit-il, on pourrait, à chaque *résultat*, ne pas se préoccuper si le fait à prouver s'est produit dans le passé à une époque où, en agissant, l'on savait que la preuve *serait facile* à faire : on ne pourrait même pas tenir compte du fait qu'il aurait été décidé antérieurement, dans un procès pendant, comment la preuve devait être faite, ou du fait qu'on aurait déjà entrepris de faire cette preuve, car la *vérité actuelle* devrait déroger à tous ces droits et à toutes ces expectances. » Il est évident que ce raisonnement a ses racines profondes dans une méconnaissance absolue de l'idée de rétroactivité, qui ne consiste que dans la suppression d'actes individuels et de droits acquis par leur intermédiaire et qui, par conséquent, peut aussi bien atteindre le droit acquis par l'action à sa force probante. Si même la preuve n'apparaît pas au juge comme constituant, d'après les règles actuelles de jugement, une *vérité*, les parties peuvent néanmoins, dans la sphère du droit privé (et dans une certaine mesure), transiger elles-mêmes à leur gré sur l'objet de leurs rapports juridiques, déterminer comme il leur plaît et

dividu a choisi cette forme d'action, parce qu'elle suffisait déjà, d'après la loi, à fournir la preuve; dans un autre cas, il aurait choisi une autre action. Ici donc l'on peut certainement appliquer la fiction d'après laquelle les individus, en concluant le contrat, s'entendent entre eux sur l'admissibilité des moyens de preuves admis alors par la loi. Mais la question se pose d'une façon toute différente et l'application de cette formule est *totalement fausse* dans les cas où la nouvelle loi admet des moyens de preuves qui n'étaient pas admissibles auparavant, comme, par exemple, la preuve par témoins dans des cas d'où elle était exclue par le passé. Dans le premier cas, le contractant s'est *acquis* cette force probante de son acte, comme constituant une partie de cet acte, au moyen de la forme qui avait alors une force probante.

Dans le second cas, comme il n'a choisi aucun acte qui, d'après les lois alors en vigueur, eût une force probante, il *n'a pas* acquis la preuve de son acte; donc il n'a *aucun* droit à la preuve et par ce fait il est *soumis à l'action immédiate de la loi*. Car, d'où aurait-il *acquis le droit* de faire prouver

d'une façon qui aura pour le juge un caractère obligatoire, ce qui est *pour elles* une vérité ou un ensemble de preuves équivalentes à la vérité. L'obligation n'existe pour le juge de rechercher la vérité, d'après sa conscience, que si une semblable détermination n'a pas été faite par les parties, ou s'il s'agit de choses sur lesquelles le droit privé *ne peut pas transiger*, parce qu'elles découlent du droit public (v. § 7). Mais ici même il ne saurait être question de refuser à une action volontaire accomplie la preuve testimoniale, pour la raison qu'une loi ultérieure n'admet, pour établir la vérité, que la preuve écrite. Non seulement l'application d'une semblable loi soumettrait la *force probante actuelle* à la prescription de cette loi, mais serait cause que l'action individuelle accomplie sous une *forme verbale*, valide et efficace, d'après les lois en vigueur à cette époque-là, serait transformée par la nouvelle loi, parce qu'on n'a pas agi sous une *forme écrite*, en une action invalide et inefficace. Donc, l'application de la loi, au lieu de s'appliquer à la force probante actuelle, s'appliquerait à la *perfection formelle* de l'acte antérieur : en anéantissant après coup la *validité formelle d'actes individuels*, la loi rétroagirait de la façon la plus criante.

son acte par d'*autres preuves* que celles qui étaient admises au moment de l'opération juridique, mais auxquelles, par surcroît, il n'a pas recouru, qu'il n'a pas transformées en actes individuels et qui, à plus forte raison, continuent à rester ce qu'elles étaient : de simples dispositions légales.

Au temps de l'acte, ces moyens de preuve étaient inadmissibles. Mais uniquement par la force de la *loi*. Quels sont les moyens de preuve admissibles ? C'est là une disposition légale, totalement indépendante de la volonté de l'individu. Et cette disposition n'a en aucune façon été rendue sienne par l'individu, car *par le fait de ne pas agir* — dans la forme qui est légalement probante, il n'en existe pas d'autre — il n'acquiert aucun droit : pour ce faire, un acte individuel est nécessaire. Voilà qui sera encore plus clair, présenté de la façon qui suit : L'*admissibilité* d'un moyen de preuve peut être acquise, si l'individu la transforme en acte de sa volonté, en acte individuel. Elle survit donc au changement de loi. Par contre, l'inadmissibilité d'un moyen de preuve est une disposition légale purement prohibitive ; donc elle est indépendante du vouloir individuel : jamais elle ne peut apparaître comme posée d'elle-même ou par l'intermédiaire de celui-ci. Pour lui donner ce caractère, une *disposition* spéciale et expresse du *contrat* serait nécessaire, spécifiant que ces moyens de preuves doivent toujours demeurer écartés de par la volonté des parties contractantes ; une semblable disposition n'existe pas où il n'y a pas convention écrite, ou ne pourrait éventuellement être prouvée que si l'on admet la preuve testimoniale. Mais, dans le fait que les parties n'ont pas déclaré *expressément* admissible le moyen de preuve légalement inadmissible, il y a d'autant moins une exclusion tacite, par leur propre volonté, de son admissibilité, qu'une semblable stipulation aurait été sans effet, aussi longtemps qu'aurait été en vigueur la loi prohibitive. La fiction habituelle, qui consiste à considérer les prescriptions légales comme des dispositions volontaires, inscrites tacitement au contrat par les parties, ne peut être appliquée qu'aux lois d'un caractère *transactionnel*

et non absolu, c'est-à-dire aux lois qui laissent à l'individu une certaine latitude de *s'écarter* de leurs prescriptions. Comme on ne s'est pas écarté de la règle légale, on est autorisé à conclure alors que la volonté individuelle, précisément parce qu'elle *pouvait* s'écarter de la règle légale et ne *l'a néanmoins pas fait*, n'a pas *voulu* le faire, et par conséquent a mis tacitement dans le contrat, sous la forme de sa volonté et de sa propre condition, la teneur même de la loi. Mais toute possibilité logique de ce raisonnement, fondé sur la possibilité de s'écarter de la loi, disparaît quand la loi a un caractère absolu et par conséquent *exclusif* de la volonté individuelle (1). Le maintien de cette formule dans un pareil cas serait de la pure aberration formaliste. De même il y a, quand on n'agit pas dans la forme antérieurement probante, nous le répétons, une *non-acquisition de preuve* et non pas *acquisition d'un droit* à NE PAS FAIRE LA PREUVE. Cela devient plus évident encore, si l'on considère que la question de savoir si mon co-contractant pourra m'apporter une preuve est une question sur l'*existence objective d'un fait*, qui, par conséquent, tout au moins quand je ne possède pas la renonciation expresse de mon co-contractant, est *complètement en dehors de l'action juridique de ma volonté individuelle* ; car si même le fait à prouver est consti-

(1) La même distinction logique, très stricte, a déterminé les législateurs français à faire, dans la loi du 18 pluviôse an V, une différence, à propos de renonciations aux héritages faites par des filles, antérieures à la promulgation de la loi du 8 août 1791 sur l'égalité dans le droit d'héritage, entre celles faites sous un régime de droit coutumier qui excluait les filles des héritages et celles faites sous un autre régime. Sur la proposition de Tronchet, le corps législatif décida que les filles, qui avaient renoncé sous le régime des coutumes d'exclusion, devaient participer aux héritages ouverts à partir du 8 avril 1791, puisque ces renonciations devaient être considérées « comme surérogatoires », que, par contre, les filles, qui avaient renoncé sous le régime des coutumes de non-exclusion, ne seraient appelées qu'à partir du décret de la Convention du 5 brumaire an II, qui avait aboli expressément ces renonciations, à participer aux héritages.

tué par mon propre acte, celui-ci est, avant que je l'entreprenne, objet de ma volonté libre; mais dès qu'il a été *accompli*, il devient un *fait* objectif, extérieur et indépendant de moi : aussi, pour le prouver, mon adversaire n'a pas à se préoccuper de ce qui se rattache à ma volonté, mais uniquement de la conviction du juge et du droit que lui confère la loi. Mais une *renonciation* volontaire à la *preuve testimoniale*, là où la loi *l'exclut*, n'existe pas chez lui, précisément pour cette raison; tandis que sa renonciation à la *forme probante* du contrat écrit ne pourrait représenter que sa confiance, et rien de plus : mais dans aucun cas, elle n'implique sa renonciation aux *témoins*, tout au plus sa renonciation à un *écrit*.

Comment donc le défendeur pourrait-il prétendre qu'il y a rétroaction dans l'application d'une loi admettant la preuve testimoniale? La forme unique que l'on pourrait donner à cette affirmation serait la suivante : Il n'a conclu une convention verbale que pour exclure d'une manière générale toute preuve de son acte, pour pouvoir effacer toute trace de la réalité de cet acte : or, en admettant la preuve, on change l'intention qu'il avait en accomplissant son acte individuel, c'est-à-dire qu'il objecterait son propre dol et ne devrait par conséquent pas être entendu.

Si néanmoins nous avons admis comme juste (v. p. 153) la décision d'après laquelle une loi nouvelle supprimant la nécessité d'une convention écrite ne peut pas être appliquée à une promesse verbale d'intérêts faite actuellement sous le régime du Code prussien, c'est pour les raisons qui suivent.

La prescription du Code prussien (Part. I, titre 11, § 729) dont il s'agit ne constitue aucunement une disposition relative à la *force probante* de la promesse d'intérêts. En effet, quand elle dit qu'une convention écrite est nécessaire, si le créancier veut avoir le droit de se plaindre pour la non-exécution des engagements pris par le débiteur, elle suppose l'*existence* véritable de la convention verbale et écarte *néanmoins* la plainte. Ainsi le défendeur pourrait *avouer* ici la

vérité de la promesse d'intérêts affirmée par le demandeur et malgré cela la plainte n'est pas recevable. Cela revient à dire que cette prescription du Code prussien considère le contrat écrit non pas comme moyen de preuve du contrat, mais comme condition générale de l'*existence d'une volonté civile obligatoire*. Dès que cette condition n'a pas été réalisée, l'obligation de payer des intérêts devient, d'après le Code prussien, une obligation de la volonté naturelle; la volonté civile n'a été aucunement obligée : c'est pourquoi il n'existe pas ici de garantie légale.

Mais si les parties ont établi leur convention sur la volonté naturelle, elle subsistera nécessairement malgré les changements de lois, et la simple volonté naturelle ne peut pas être transformée par une loi ultérieure en une volonté civile cogente, sans qu'il soit fait violence à l'action de volonté individuelle.

Nous allons voir à présent l'intérêt pratique de cette discussion.

En effet, une loi, comme l'art. 1341 du Code Nap. (1), par exemple, exclut la preuve testimoniale pour toute valeur excédant une certaine somme. Or, un emprunt a été effectué sans preuve écrite. Si à présent une nouvelle loi vient supprimer l'inadmissibilité de la preuve testimoniale, pourra-t-on admettre cette preuve pour l'emprunt dont il vient d'être question? Les écrivains juridiques français et allemands, avec une unanimité qui est rare, ont établi la formule d'après laquelle, puisque la question de la preuve ne constitue pas un *ordinatorium*, mais un *decisorium litis* et par conséquent appartient « plus au droit qu'à la forme », la question d'*admissibilité* ou d'*inadmissibilité* d'une preuve

(1) Il doit être passé acte devant notaires, ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires ; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs.

testimoniale doit exclusivement être jugée d'après la loi en vigueur à l'époque de l'action. Merlin dit (1) : Ainsi, s'agit-il d'une preuve par témoins ? La forme dans laquelle « il doit être procédé, dans les matières qui en sont susceptibles, ne dépend que de la loi du temps où la preuve se fait. Mais la *question de l'admissibilité ou de l'inadmissibilité de cette preuve* ne peut être jugée que par la loi du temps où l'action a pris naissance ». Un grand nombre d'arrêts de la Cour de cassation de Paris ont confirmé cette formule (2). Sans doute, comme le Code civil constituait une loi plus stricte qu'auparavant, ces arrêts ont été rendus dans des cas où la loi excluait la preuve testimoniale admise précédemment, et ainsi ils sont justes dans ces différents cas. Mais il est hors de doute que dans le cas inverse, dans les pays où le Code civil a fait autorité jusque-là, si l'on introduisait une loi admettant la preuve testimoniale, la puissance *mortelle* du formalisme s'affirmerait et entraînerait un arrêt tout pareil. Cela est même absolument certain. Cela n'est pas seulement une conséquence nécessaire de la forme catégorique du principe dont il s'agit ; les écrivains eux-mêmes examinent expressément le cas où la nouvelle loi admet des moyens de preuves inadmissibles auparavant et affirment que la formule en question lui est applicable. Voici, par exemple, ce que dit Merlin (3) : « S'il en est ainsi d'une loi ancienne qui admettait comme *probant* un acte à qui la loi nouvelle en refuse le caractère, si cet acte *conserve* sous la loi nouvelle la force probante que lui attribuait la loi ancienne, il *faut nécessairement dire, par la raison inverse, que la loi nouvelle ne peut pas rendre probant* un acte qui, d'après la loi sous laquelle il a été passé,

(1) *Rep. de jurisprud.*, v° Effet rétroactif, sect. I, § 8, V° part., p. 599.

(2) V. Arrêts de la Cour de cassation du 18 nov. 1806, du 22 mars 1810, du 9 avril 1811, du 8 mai 1811, du 17 nov. 1829, du 16 août 1831, du 23 mai 1832. Cf. TOULLIER, 9. partie, n° 61. DURANTON, Ire part., n° 66.

(3) Ouvr. cit., V, 569.

ne pourrait pas faire preuve. » Bergmann (1) fait le même faux raisonnement : « Si, en outre, de nouveaux moyens de preuve particuliers sont prescrits pour certains faits, moyens que l'on n'avait pas d'intérêt à se procurer jusque-là, de semblables lois de procédure ne sauraient aucunement être appliquées comme telles à des faits antérieurs. Et cela n'est pas seulement vrai dans le cas où de nouvelles formes juridiques compliquent l'examen de la preuve, mais encore quand cette opération est simplifiée par les nouvelles lois, sans qu'on puisse dire que cette simplification profite également aux deux parties dans les différents procès. Dans de pareils cas, les parties peuvent prétendre à juste titre, que si elles avaient prévu l'admissibilité d'un pareil moyen de preuve, elles auraient mieux pris leurs précautions pour ce qui est de la preuve du contraire, directe ou indirecte (2). Savigny (VIII, 409 sqq.) et Bornemann (p. 17 sqq.) partagent cet avis. C'est pourquoi ils rejettent comme faux théoriquement le § 17 du Code prussien, dont il a été question plus haut, sans en reconnaître la justesse relative (3). En présence de cette unanimité des écrivains juridiques, il est nécessaire de montrer de la façon la plus nette comment, dans le cas que nous avons donné comme exemple du prêt fait sans preuve écrite sous le régime de l'article 1341 du Code Nap., une loi ultérieure, admettant la preuve testimoniale, devrait être absolument appliquée.

Hâtons-nous de constater la différence de principe entre ce cas et celui de l'absence de promesse écrite d'intérêts qui vient d'être examiné. Nous avons montré à ce propos que le défendeur pouvait *avouer* la promesse verbale d'intérêts et ne devait pas être condamné pour cela, que, par conséquent, la loi ne considère pas le contrat écrit comme un simple moyen de preuve, mais comme une condition néces-

(1) Ouvr. cit., p. 170.
(2) Struve est du même avis, ouvr. cit. p. 27.
(3) De même STRUVE, ouvr. cit., p. 90.

saire de l'*existence d'une volonté civile obligatoire.* Il en est tout autrement dans les cas énumérés par l'article 1431 du Code Nap.; car ici le demandeur peut, et tout le monde est d'accord sur ce point, faire la preuve par l'aveu judiciaire du défendeur ou en lui déférant le serment, et le défendeur doit être condamné. Seul le moyen *spécial* de la preuve testimoniale est exclu. Mais il est ainsi prouvé que la loi exige la forme écrite, *non pas* comme condition de l'existence d'une volonté civile obligatoire — sans cela il ne servirait à rien, ni de déférer le serment, ni de faire avouer au défendeur ; il n'avouerait jamais qu'une volonté naturelle, non cogente et même, pour cette raison, il serait inadmissible de déférer le serment — mais comme *simple moyen de preuve.* Mais cela une fois prouvé, il est démontré par ce qui précède que la conséquence inverse peut se produire et que la preuve testimoniale de la nouvelle loi peut à présent être admissible. Comme le défendeur a engagé ici sa volonté civile, comment pourra-t-il affirmer qu'il y a *rétroaction* dans l'application de cette loi ? S'il *nie* tout le contrat verbal d'emprunt, il ne peut pas objecter qu'un de ses actes individuels a été dénaturé par une loi ultérieure. Car il prétend alors justement *qu'il n'a pas du tout agi*, et par conséquent, qu'il n'a rien exclu. Donc, dans le cas présent, où il s'agit d'un contrat dont l'existence est niée, la formule de la loi en vigueur lors du contrat est totalement dénuée de sens et inapplicable. Son application prouverait simplement que la manie des formules peut aller jusqu'à tuer l'idée juste dont est sortie la formule.

Si le défendeur ne nie pas le contrat d'emprunt lui-même, mais n'en nie qu'une partie, par exemple, l'élévation de la somme ou une condition quelconque, il reconnaît à la vérité un acte individuel, mais ne peut pas affirmer, comme nous l'avons déjà vu, que cet acte *a été dénaturé.* Par la simple preuve de l'existence et de la teneur d'un acte, celui-ci n'est pas altéré ; au contraire son intégrité est préservée contre une tentative de modification que pourrait entre-

prendre après coup celui qui agit. L'on ne saurait prétendre qu'une action implique pour celui qui agit le droit de la considérer comme non avenue ; il y aurait là une contradiction logique ; car. par le fait qu'une action s'accomplit, elle cesse d'appartenir à la volonté de l'individu et devient une circonstance objective. On peut répondre à l'objection de Bergmann d'après laquelle, si la preuve testimoniale avait été légalement admise lors de l'action, l'individu aurait pris plus de précaution pour ce qui est de la preuve et de la preuve du contraire, que l'exclusion de la preuve testimoniale par la loi ne signifie pas l'exclusion par la volonté individuelle : que, par conséquent, cette exclusion n'est pas l'objet d'une convention tacite ; mais que l'exclusion prononcée par la loi cesse avec l'*existence* de cette loi ; que, en outre, si l'individu avait voulu apparaître comme voulant renoncer, au moment de l'action, à la preuve testimoniale de nature mobile et peu sûre, il *aurait dû, à cette intention, agir justement sous forme écrite* et donner ainsi une forme *sûre* à la preuve, mais que le raisonnement suivant : puisque je n'ai pas agi sous *forme écrite*, mais seulement sous forme *verbale*, j'ai voulu par ce fait exclure la preuve *verbale*, serait une véritable monstruosité au point de vue logique.

On ne dénaturerait donc une action individuelle que *quand* l'individu affirmerait, qu'avant d'entreprendre son action il avait l'intention de pouvoir la nier après coup et qu'il a, dans ce but, négligé alors la preuve écrite. Par cette omission seule l'application de la nouvelle loi constituerait une rétroaction de fait (mais non de droit). Mais une telle objection ne peut être faite, car, dans ce cas, l'individu exciperait de son propre dol ; et même, indépendamment de cela, l'*aveu* de l'action sur laquelle repose et doit reposer l'objection suffit à lui seul pour mettre un terme au conflit juridique (1).

(1) La théorie que nous venons de développer a été reconnue dans deux ordonnances hanovriennes du 14 avril 1815 pour la

La discussion qui précède nous a montré sur quelle idée juste, toujours méconnue par ses détracteurs, repose le § 17 de l'introduction du Code prussien : ce paragraphe ordonne que des actes antérieurs qui ne seraient pas valables d'après la loi ancienne, puisqu'ils n'auraient pas satisfait à toutes les formalités prescrites, doivent être valables dans la mesure où ils satisfont aux formalités prescrites par la nouvelle loi. L'on reproche tout d'abord à ce paragraphe d'être en contradiction (1) avec les §§ 43 et 44 du titre IV, Ire partie du Code prussien, qui ordonnent : « Qu'une action invalide dès le début, pour cause de négligence de la « forme légale, ne peut pas devenir valide par la suite. »

« Que si l'action est recommencée sous la forme prescrite par la loi, la validité ne compte qu'à partir de l'instant où elle a été recommencée! »

D'autres ont tenté, mais d'une façon fort peu satisfaisante, de concilier ces prétendues antinomies (2). Il est surprenant qu'on n'ait pas vu qu'il n'y a aucune antinomie et qu'il n'est point besoin de conciliation. En effet, au § 17 de l'Introduction, le législateur n'a en vue que le cas où une modification a lieu dans la *législation*, c'est-à-dire, une *modification de droit*. Au contraire, le législateur ne songe pas, dans les prétendus paragraphes contradic-

principauté de Hildesheim, § 137 et du 13 sept. 1815, pour les arrondissements de Meppen et d'Emshüren (v. HAGEMANN, *Sammlung der hannoverischen Landesverordnungen*, année 1815, p. 187 et 703). Voici ce que disent les paragraphes en question de ces lois transitoires : « La nature des documents et la *force probante* qui en dépend sont déterminées d'après la loi, tandis que la *preuve* de leur validité doit *être faite*. Néanmoins, les documents établis avant la réintroduction des droits communs, doivent *conserver la force probante* que leur conféraient les lois en vigueur lors de leur exécution, même si les lois en vigueur à l'époque où se fait la preuve leur accordaient une *force probante moindre ou ne leur en accordaient aucune*.

(1) V. BORNEMANN, ouvr. cit., p. 17.

(2) Cf. KOCH, *Lehrbuch*, I, 131 ; TEMMÉ, *Handbuch des preussischen Rechts*, p. 19.

toires à une modification du droit, mais à une modification de *fait*, comme celle que produit, par exemple, la *Ratification*.

Voilà qui devrait être évident de soi, d'autant plus que le § 17 se trouve dans l'Introduction qui traite des *lois* tandis que les §§ 43 et 44 font partie du titre III relatif aux *actes* (1). Comme nous sommes en présence de modifications de nature très différente, il ne saurait être question de contradiction (2).

A présent il ne peut plus être question que de savoir si le § 17 de l'Introduction est théoriquement faux en lui-même. — On a remarqué que ce texte de loi (3) « peut avoir trait à des formalités qui, ou bien servent à une confirmation, comme la forme notariée ou judiciaire en général, ou bien sont prescrites, afin de donner un droit positif à la protection de la loi, comme le contrat, ou, dans le droit français, la conclusion du mariage par un acte de l'état civil ».

L'erreur consiste précisément ici à mettre au même rang et à vouloir traiter de la même manière ces *deux catégories* d'actes pour lesquelles la loi exige des formalités (4) ; elles présentent au contraire une différence *constitutive*.

Si une formalité est exigée « pour donner des droits à la protection légale ; si par conséquent lorsqu'elle fait défaut,

(1) L'idée que l'on vient de prouver est confirmée d'une façon irréfutable par le § 44 du titre III, Ire partie, cité plus haut, qui considère expressément le cas de la *ratihabition*.

(2) V. sur ce point § 10.

(3) V. BORNEMANN, ouv. cit., p. 17 ; KOCH, *Lehrbuch*, I, 131, et TEMME, *Handb. d. preuss. Rechts*, p. 19.

(4) Nous ne parlons pas de deux sortes de *formalités*, car *une même* formalité, par exemple un écrit ou une forme notariée, peut être exigée par la loi, tantôt comme simple confirmation (preuve), tantôt comme condition de la protection juridique de l'action elle-même, c'est-à-dire comme condition de l'existence d'une volonté civile en général. Ce qui *importe*, c'est de savoir pour laquelle de ces deux raisons la loi l'exige !

même au cas où celui qui a agi *avouerait*, la coercition judiciaire est refusée, cette formalité est de celles que la loi considère comme conditions de l'*existence d'une volonté civile* en général ; si donc elle fait défaut, la volonté naturelle seule a pris un engagement sans se soumettre à la contrainte employée pour le maintenir, en sorte qu'il n'y a eu qu'une *obligatio naturalis* efficace en certains cas ou simplement une obligation morale sans efficacité juridique. »

Si au contraire la formalité n'est exigée que comme confirmation, comme moyen de preuve de l'acte, si donc cet acte, même accompli sans cette formalité, mais *avoué* en justice, a droit aux garanties coercitives, il est prouvé par ce fait que, d'après les idées juridiques qui faisaient autorité au moment de l'acte, celui qui a agi avait une volonté civile s'obligeant elle-même d'une façon cogente, de sorte qu'en la maintenant, il ne peut aucunement être question de la dénaturer. Mais comme à présent la formalité n'a d'autre importance que de fournir la preuve d'une action accomplie, et comme, d'une part, personne n'a de droit acquis à ce que son acte ne soit pas prouvé ; que, d'autre part, l'adversaire a un droit *péremptoire* et *acquis* à la jouissance des conséquences des nouvelles lois (v. § 12), dans la mesure où celles-ci n'altèrent pas des droits acquis, le nouveau moyen de preuve est admis d'une façon absolue. Mais l'on pourra reconnaître à un signe certain, si une formalité est exigée par la loi comme simple moyen de preuve ou comme condition de la volonté civile : c'est quand la formalité absente pourra être remplacée par l'aveu de l'action ou par la dénonciation éventuelle du serment, ou quand, même dans ce cas, la protection de la loi est refusée à l'action.

Ainsi le § 17 de l'Introduction du Code prussien réalise une idée théorique absolument juste, dans la mesure où il admet la validité d'une action invalide par manque de formalités confirmatives, à la condition toutefois qu'elle satisfasse aux formalités requises par la loi du conflit. Il n'y aurait à critiquer ici que la terminologie extrêmement peu

précise de ce paragraphe qui semble englober également les cas d'invalidité qui excluent l'existence d'une volonté civile elle-même. Mais le Code prussien a réellement eu l'idée de la distinction que nous avons exposée : le § 43, titre III, Ire partie, déjà cité, nous en donne la preuve, quand il ordonne « qu'une action ne pourra jamais devenir valable quand, dès le début, elle était *nulle* pour cause d'omission de la forme prescrite par la loi ». Car sous l'expression *nullité* d'une action il faut toujours entendre le non-accomplissement de formes considérées par la loi comme condition de l'existence d'une volonté civile efficace (1).

A présent que nous avons montré comment les *événements* apparents, sur lesquels de nouvelles lois ne peuvent rétroagir, les différents droits procurés par le droit familial, en particulier les héritages, de même que le dol, la violence, l'erreur, la *negotiorum gestio*, l'usucapion, la prescription ne constituent pas en tant qu'*événements*, mais en tant qu'*actes de volonté* individuelle des droits acquis et doivent nécessairement exclure l'application de lois ultérieures, *à présent* seulement il peut être question de prouver et d'appliquer l'idée développée au § 1, d'après laquelle le libre arbitre individuel est le support unique et véritable du principe de non-rétroactivité. Au § 1, le lecteur pouvait encore croire que nos développements, si justes fussent-ils, étaient néanmoins tout à fait insuffisants, parce qu'ils étaient en contradiction avec un fait reconnu par toutes les législations et par tous les juristes, à savoir que les lois ne peuvent pas rétroagir sur beaucoup de simples *événements* ou sur les droits qui en découlent pour les individus, comme l'héritage, etc... C'est à présent seulement, après avoir ramené ces événements apparents à leur nature *intime*, que nous pourrons reconnaître en ce principe la loi qui régit notre matière et en montrer les applications. Rien donc ne pouvait jusqu'à présent retarder autant ces résultats que le

(1) V. la suite de la discussion au § 11.

fait de n'avoir pas ramené les dits événements à leur nature intime. Nous en trouvons la preuve très nette dans le § 14 de l'introduction du Code prussien qui ordonne expressément que : « De nouvelles lois ne peuvent pas être appliquées à des actes ou à des *événements* survenus antérieurement. »

Pratiquement, cela est juste dans la mesure où il existe *certains* événements qui ne peuvent pas être soumis à l'action de nouvelles lois : d'où l'on a tiré la conclusion erronée que *tous* les événements sont soustraits à cette action (1). Mais théoriquement cela est totalemeut faux, même pour les événements visés par ces lois. Car lesdites lois sont relatives à ces événements, précisément parce qu'ils *ne représentent pas*, dans leur nature juridique intime, des événements, mais des *actes de volonté spontanée*. Cette méconnaissance théorique de l'élément individuel devait conduire à des conséquences pratiques totalement fausses : en effet, *tous* les événements, non seulement ce qui dans les actes découlait d'un acte de volonté, mais encore ce qui découlait exclusivement d'actes de tiers et, par conséquent, était pour l'individu un véritable événement, semblait, contrairement à la théorie, être soumis à une même loi de non-rétroactivité.

Ce n'est pas seulement là une conséquence du para-

(1) C'est pourquoi le Code prussien ne prétend aucunement que *tous* les événements soient soustraits à l'action des lois nouvelles. Ainsi le commencement d'un délai de prescription est déjà un événement ; mais il n'y aura action individuelle de renonciation (v. § 2, E.) qu'à l'expiration du délai. Mais, d'après le Code prussien, la nouvelle loi devra être appliquée quand le délai de prescription a commencé, c'est-à-dire quand il s'est produit un simple événement ; elle devra l'être aussi quand il s'agira de savoir si la prescription de cette demande, même si elle a déjà commencé, est admissible (exposé des motifs du 5 févr. 1794, § 17). De même, il y a événement quand, dans un acte, une formalité a été *omise* et néanmoins, d'après le § 17 du Code prussien, la nouvelle loi qui n'exige plus cette formalité doit être appliquée et écarter les conséquences fâcheuses de cet événement.

graphe du code prussien qui vient d'être cité : ce cas se produit également, et dans une aussi large mesure, chez les juristes romains et français, chez lesquels les événements n'étaient pas cités, comme ils le sont dans le code prussien, comme soustraits à l'action des nouvelles lois. La raison en est très naturelle : c'est que le paragraphe 14 n'a pas créé sur ce point une doctrine nouvelle : il a donné simplement une expression à une conception juridique admise de tout temps par les juristes de tout pays, et aussi bien romains et français, à l'élaboration de laquelle des institutions comme l'héritage, le quasi contrat, la prescription qui représentent en apparence de purs événements, ont dû avoir une large part.

Nous venons de dire que les législations et les juristes se sont trouvés pratiquement en contradiction avec leurs propres principes. En réalité l'idée qui, comme nous l'avons prouvé et le prouverons encore par la suite, est l'unique support de la défense de rétroagir, n'est pas neuve en ce sens que nous serions le premier à la prendre pour règle. Si elle était neuve en ce sens là, ce serait une raison pour qu'elle fût *absolument fausse*. Au contraire nous prétendons et devons prétendre, si nous voulons ériger une véritable théorie, que, de Théodose à Savigny, aucun législateur ou juriste n'a réfléchi, légiféré ou écrit sur cette matière, sans que le *concept développé* ici ne fût en eux un motif déterminant et actif. Nous croyons l'avoir démontré jusqu'ici d'une façon claire par le grand nombre de textes de lois et d'arrêts juridiques que nous avons examinés : par la suite nous nous efforcerons d'élargir et de préciser encore cette démonstration.

L'idée développée ici n'est neuve qu'en ce sens qu'elle est arrivée ici à se saisir elle-même pour la première fois ; et une fois qu'elle s'est rendu compte, d'une façon nette et limpide, de son application adéquate à tous les domaines du droit, elle peut produire une théorie systématique ou doctrine. Toutes les formules qui ont été données jusqu'à présent de cet objet découlent de ce concept : voilà comment

s'explique leur justesse relative ; d'autre part, comme elles n'épuisent pas le concept dont elles procèdent, l'on comprend qu'elles manquent de justesse au point de vue pratique. En outre, ici aussi, s'est affirmée cette loi logique qui veut que, plus une représentation de l'esprit, *faite de pressentiments*, se rapproche de l'idée spéculative, *plus elle* le manque d'un autre côté, plus elle engendre d'erreurs pratiques. Ainsi nous lisons dans Bergmann (ouv. cit. p. 57) : « Quelques-uns disent en parlant de l'idée générale de garantie des droits acquis : que dans *les contrats et les héritages* il n'est question que de *droits acquis*, sans *que l'on indique les causes particulières de cette acquisition* », et il se réfère sur ce point à ce que dit Blanchard de Maleville à propos de l'art. 384 du Code Nap. Ici donc une différence entre les droits *contractuels* et les droits *légaux* avait été reconnue et pour les premiers seuls la rétroactivité avait été exclue. Mais, comme le remarque judicieusement Bergmann, une pareille distinction ne signifie rien si l'on n'indique pas sur quelles raisons elle est fondée : et ces raisons elles-mêmes ne pourraient être données que par l'intermédiaire du développement du concept fait au §. 1, qui est la négation de cette assertion. En deuxième lieu, l'assimilation des *héritages* aux droits *contractuels* et non aux droits légaux devait paraître incompréhensible ; c'est une assimilation qui, pour être comprise et réalisée pratiquement, a besoin des développements qui forment le contenu de notre deuxième volume. En troisième lieu, les droits transmis par l'intermédiaire du droit familial comme par exemple les droits civiques, la représentation, la *conditio indebiti*, la *negotiorum gestio*, la prescription, etc... devaient, en tant qu'ils ne reposent pas sur une *convention*, être considérés comme droits légaux et être soumis aux nouvelles lois ; et il en serait résulté des erreurs pratiques extrêmement funestes. Quatrièmement, l'idée de droits contractuels est elle-même fausse. Car, comme ce terme ne désigne que des droits résultants d'une convention, les droits primitivement légaux, acquis ensuite par la

déposition d'une plainte (v. § 3) ne seraient plus eux-mêmes à l'abri de la rétroaction.

C'est pourquoi Bergmann poursuit : « D'autres ne parlent que de *contrats* ; pour eux toutes les obligations qui découlent d'un contrat conclu dans le passé doivent être jugées d'après les anciennes règles juridiques ; ils appuient cette affirmation sur le fait que *le libre arbitre privé s'est soustrait par avance à la nouvelle loi.* (Bergmann se réfère ici à Pfeiffer, p. 425) (1). Il est de toute évidence que notre concept perce à travers ces paroles. Mais, comme ici les héritages sont encore omis, Weber (ouv. cit. p. 41) objecte à juste titre que, d'après elles, le droit successif légal, que quelqu'un a acquis *ipso jure* en qualité de *suus heres*, ne pourrait également pas être maintenu, si une nouvelle loi réglait d'une façon différente la question de la successibilité. Deuxièmement, l'on peut répéter ici les objections déjà faites à Blanchard. En troisième lieu l'on peut objecter à Pfeiffer comme à Blanchard que, d'une part, le libre arbitre privé ne peut pas se soustraire par avance, d'une façon absolue, aux lois ultérieures (comme nous le verrons, au § 7 à propos des lois prohibitives) et que d'autre part, (comme nous le verrons également) abstraction faite des lois prohibitives et en dépit de toutes les formules reconnaissant l'autorité absolue des lois en vigueur lors de la conclusion du contrat, l'effet des contrats peut également être atteint par des lois ultérieures, si le libre arbitre individuel ne paraît pas violé par ce fait.

L'on s'explique donc bien pourquoi cette distinction des *droits contractuels* et des *droits légaux*, qui semble se rapprocher d'une façon intuitive du concept, mais s'en éloigne ensuite, et s'y oppose même complètement, n'a exercé *aucune* influence sur les juristes postérieurs, que même ceux-ci, comme Savigny, Bornemann etc... *ne font*

(1) Dans la revue *Germanien*, de Crome et Jaup, 1810, III° vol., III° livr., p. 411 sqq. Malgré tous nos efforts nous n'avons pu nous procurer cette dissertation.

pas mention de cette distinction et cherchent d'une façon différente à approfondir le sujet et à le formuler : leurs formules procèdent, aussi bien que celles dont il vient d'être question, de l'idée véritable, mais d'autre part, elles s'en écartent, parce que cette idée n'est pas encore parvenue à se saisir dans une entière limpidité spéculative.

Mais le fait que cette idée a été *pressentie* et a exercé une action intérieure sur les doctrines de tous les écrivains juridiques et sur tous les textes pratiques de lois, est la meilleure preuve de son objectivité, de sa nécessité, ainsi que de la justesse de ses conséquences nécessaires qui doivent être nettement opposées à l'idée qu'on a pu s'en faire jusqu'à présent.

III. — L'idée et ses conséquences.

§ 3. — *Litige, novation, jugement et transaction.*

Nous n'avons exposé au § 2 le concept que dans toute son étendue inaperçue. Il s'agit à présent de développer les *conséquences* ultérieures de ce concept.

Si la rétroaction consiste en ce fait et n'est exclue que pour cette raison, qu'un acte de volonté individuelle ne peut pas être altéré après coup, il est nécessairement tout à fait indifférent qu'un droit découle à l'origine de la volonté individuelle ou soit primitivement un droit conféré par la loi et dont s'est *saisi* l'individu pour se l'*approprier*. En d'autres termes, de nouvelles lois supprimant ou modifiant un droit antérieur n'atteignent pas des choses déjà soumises à un examen des tribunaux. Ce principe fondamental est soumis à son tour à certaines limites établies par la nature même de l'idée, qui ne pourront être examinées qu'au § 7 et suivants. Ici c'est le principe fondamental en lui-même qui nous intéresse.

De tout temps l'on a senti la justesse de ce principe : mais

sa justification qui ne peut être faite que dans le présent développement a été impossible jusqu'ici. Aussi quand Bornemann, par exemple, tente de le justifier (ouv. cit. p. 6), son argumentation est toute superficielle et sans solidité. « En l'absence d'une semblable disposition (expressément législative), la rétroactivité doit être bornée aux limites les plus étroites, par conséquent, à des affaires qui ne sont *pas encore* soumises à une appréciation des tribunaux ».

La véritable raison est celle que nous avons indiquée. En portant plainte en paiement, l'individu s'empare de ses droits purement légaux et les pose comme siens. C'est pourquoi la déposition de la plainte fait d'un droit découlant de la loi un droit procuré à l'individu par l'intermédiaire de sa volonté, ou droit *acquis*. Le paiement des intérêts est accordé à partir du jour où est déposée la plainte. Ainsi la plainte représente un acte de volonté individuelle acquérant des droits, sur lesquels des lois ultérieures ne peuvent agir ni plus ni moins que sur un autre acte volontaire, par exemple, un contrat par lequel un individu acquiert des droits.

Il se dégage de ce qui vient d'être dit, que — exception faite d'une distinction conceptuelle dont il ne sera question qu'au § 8 — pour l'exclusion des lois nouvelles il est indifférent qu'un jugement ait déjà suivi la plainte ou non, que ce n'est, par conséquent, pas la chose jugée, mais la déposition de la plainte qui joue ici un rôle décisif, et que la garantie dont jouit la chose jugée contre des lois ultérieures est basée sur la même idée fondamentale.

Dans sa théorie, Savigny ne parvient pas plus que Bornemann à découvrir la véritable cause de l'un et de l'autre. Ecoutons-le lui-même (VIII, 510) : « *Chose étonnante*, le droit romain ajoute, pour le cas des lois d'exception donnant plus d'extension à la rétroactivité, une limitation qui doit, par conséquent, être considérée comme l'exception d'une exception. La rétroaction prescrite comme exception ne doit pas, en effet, se produire, lorsque la situation juridique à laquelle elle pourrait être rapportée, a déjà été

réglée soit par un jugement, soit par une transaction (*judicatum vel transactum*). Certes nulle part cette limitation ne nous est présentée comme un principe général stable ; mais on la rencontre si souvent dans le droit romain et toujours appliquée dans le même sens, que nous pouvons certainement la considérer comme une règle générale du droit romain. Elle a également une cause intime dans ce fait que le *jugement* aussi bien que la *transaction transforme la situation juridique primitive*, de sorte que, en réalité, une nouvelle situation juridique a pris la place de celle à laquelle était relative la nouvelle loi. Par jugement, il ne faut pas seulement entendre ici un jugement valable, mais encore, dans un conflit pendant, un jugement de première instance, au cas où la nouvelle loi paraît au cours de l'instance en appel. »

Ici, deux choses doivent être relevées. Premièrement, Savigny pourrait paraître vouloir n'accorder *aucune* protection contre l'application de nouvelles lois matérielles aux cas déjà déférés à la justice, quand un jugement n'est pas encore survenu ; cela serait faux en soi et totalement contraire à la doctrine et à la pratique juridique. Deuxièmement, quand Savigny reconnaît comme cause intime de cette *question*, que, le jugement aussi bien que la transaction modifie la *situation juridique primitive*, l'on peut demander : en quoi *consiste* cette transformation ? Et ici l'on ne peut faire qu'une réponse générale s'appliquant aussi bien au jugement, à la transaction et à la déposition de plainte : elle consiste dans le changement de situations juridiques existant en soi ou qui peuvent simplement découler de la loi en situations *acquises et déterminées par un acte de volonté ou une* action de l'individu ; il s'ensuit donc que l'on n'a plus à se préoccuper de leur *nature première*.

De ce qui précède l'on voit accessoirement dans quelle mesure on peut affirmer que la *litis contestatio* et le jugement constituent une véritable *novation* et dans quelle me-

sure Justinien a raison quand il dit : « Si enim *novatur* judicati actione prior contractus, etc (1) ».

De ce qui précède se dégage également la cause conceptuelle pour laquelle des lois ultérieures n'ont pas d'effet sur les *transactions* et pour laquelle Justinien mentionne toujours en même temps, et avec raison, la *transaction* et le *jugement* et, les traitant comme des choses de nature identique, a l'habitude de les soustraire par les mêmes formules stéréotypées à l'application immédiate des lois prescrites par lui. Il dit, par exemple au L. 17, C. de fide instrum. (4, 21) : « nisi jam super his *transactum* sit vel *judicatum*, quæ *retractari non possunt*, ou L. ult. C. de legit. her. (6, 58) : Si qui autem casus jam evenerunt et per *judicialem sententiam vel amicalem transactionem sopiti sunt* nullam sentiant ex hac lege retractationem etc. »

Par la transaction l'individu a pu prendre un engagement ou effectuer une prestation auxquels ne l'obligeait aucunement les nouvelles lois, et ces lois auraient été à son

(1) L. III, C. *de usur. rei jud.* (7, 54). L'on sait que Savigny s'est nettement prononcé contre l'admission de la novation résultant de la *litis contestatio* ou du jugement (*System*, VI, 24 sqq., 307 sqq. après en avoir admis une (V, 325) et après avoir reconnu une transformation (dans un passage cité du 8e vol.) qui, d'après son idée, se ramène à la novation, telle que nous la concevons.

La supposition de Savigny, d'après laquelle la force de la chose jugée est fondée sur la fiction de la *vérité absolue*, ne s'applique qu'aux jugements en matière pénale et est juste ici. Mais, si elle devait être vraie aussi pour les jugements en matière civile, il faudrait ici, comme pour les jugements en matière pénale, quand des lois sont *rapportées*, sur lesquelles est fondée la fiction, que la caducité des jugements valables reposant sur ces lois rapportées, se produise d'elle-même, ou que tout au moins le législateur ait le droit de l'ordonner (cf. § 12). Il est *évident* qu'il en serait ainsi pour les lois *interprétatives* qui peuvent agir rétroactivement et affaiblir les jugements valables dont elles ont *démontré la fausseté*, quand ceux-ci reposaient sur la fiction de la *vérité absolue*.

Il n'en peut pas être de même pour le jugement civil, parce que sa force repose sur la fiction d'une *transaction*, d'une *conciliation faite par la volonté individuelle*.

avantage s'il avait attendu. Il n'avait pas non plus l'intention d'enrichir la partie adverse en lui faisant des concessions dans la transaction ; son but au contraire était de réduire les droits de celle-ci au strict minimum permis par la loi. Mais il a *agi* ; une obligation n'existant que par la loi et disparaissant avec celle-ci a été confirmée par sa détermination propre, par laquelle elle est devenue un droit pour la partie adverse ; et les *actions individuelles* des deux parties ne peuvent plus être supprimées par aucune loi ultérieure.

Les développements du présent paragraphe confirment à nouveau que la non-altération des actes de volonté individuelle constitue le seul et le véritable support de l'idée de rétroactivité. Car on ne saurait découvrir d'autre différence entre les droits qui peuvent faire l'objet d'une plainte et ceux qui ont déjà fait l'objet d'une plainte, si différents en ce qui concerne la situation qui leur est faite par l'action des lois nouvelles.

§ 4. — *Le droit d'option.*

S'il est indifférent que le droit soit à l'origine constitué par l'intermédiaire de l'acte de volonté individuelle ou découle de la loi et soit acquis après coup par un acte de volonté de l'individu qui s'en saisit, il va de soi que cette prise de possession ne se fait pas uniquement, comme dans le cas examiné au précédent paragraphe, par la déposition processive de la plainte, mais encore par tout acte par lequel un individu pose comme sien un droit que lui confère la loi. Ainsi, comme conséquence rigoureuse de ce qui vient d'être dit, tout droit *facultatif* conféré par la loi, tout droit d'option devient seulement un droit acquis par le *choix* de l'individu, et peut lui être retiré avant que le choix ait eu lieu, par un changement de loi, sans qu'il y ait pour cela rétroaction.

Celte conséquence de l'idée a été nettement perçue par le sentiment juridique des Français ; cf. par exemple Merlin, *Rep. de Jurispr.*, v. Effet retr., sect. III, § 1, V, 537 : « Mais tel (droit acquis) n'est jamais un droit purement facultatif, à moins qu'il n'ait été *exercé* et que, par l'*exercice* qui en a été fait, la chose qui en est objet ne soit devenue notre propriété.

« En effet, il en est des *facultés* accordées par la loi comme des *facultés* accordées par les individus. Tant que celles-ci ne prennent pas le caractère de droits, elles sont toujours et essentiellement révocables : or, le législateur ne contracte jamais, lorsqu'il accorde une faculté ; il permet, mais il ne s'oblige pas ; il conserve donc toujours le pouvoir de retirer sa permission et ceux à qui il la retire avant qu'ils en aient fait usage, n'ont aucun prétexte pour s'en plaindre. »

Mais comme cette idée, très juste en général, s'impose aux Français sans sa *justification* théorique dont nous l'avons déduite, elle devient chez eux trop exclusive et fausse dans son exagération (v. par exemple plus haut D'autre part, au lieu de se développer en une idée dominant la matière tout entière, elle n'est chez eux qu'une formule à côté d'autres formules et est incapable de tirer d'elle-même ses conséquences les plus proches (v. par exemple, § 5). En troisième lieu, elle est abandonnée par eux pour cette même raison. Ainsi, le même Merlin dit (ouv. cit., p. 551, sqq.) qu'il y a aussi un droit acquis, dont « la loi elle-même m'ait investi et me l'ait conféré purement et simplement *sans y attacher* la condition que *je ne l'acquerrais que par l'exercice* que j'en ferais », sans qu'il soit possible de concilier ce passage avec le précédent et de les mettre d'accord entre eux.

§ 5. — *Droit d'opposition.*

Il résulte, comme conséquence nécessaire du concept, que tout droit d'opposition contre une action ou un contrat, que la loi accorde à des *tiers* — naturellement au cas où certains droits acquis par ces tiers eux-mêmes, comme par exemple des droits de créanciers, ne seraient pas *lésés* par ce fait — est *écarté* par une nouvelle loi supprimant le droit d'opposition à des contrats conclus antérieurement, sans qu'il puisse pour cela être question de rétroactivité.

La règle formelle qui veut que les contrats soient jugés à tous les points de vue d'après les lois en vigueur lors de leur conclusion est donc fausse ici et doit nécessairement l'être, car elle est ici en contradiction avec l'idée conceptuelle fondamentale dont elle est issue.

La raison en est simple. Les individus contractant ne peuvent être considérés par *aucune* fiction comme ayant voulu stipuler eux-mêmes tacitement, pour des tiers, le droit de s'opposer à leur propre déclaration de volonté. Les tiers n'ont pas agi davantage et n'ont rien acquis par un acte de volonté. Ainsi le droit des tiers à l'opposition n'est pas posé, comme les autres effets du contrat, par le libre arbitre individuel, mais découle uniquement de la loi en tant que loi, et doit disparaître avec elle.

Merlin a donc tort et est en contradiction avec les conséquences du principe qu'il admet lui-même (v. § 4) ; néanmoins il représente la théorie qui est en honneur, aussi bien dans la jurisprudence allemande que française, lorsque, considérant, par exemple, le mariage, il prétend : qu'une nouvelle loi ne peut pas valider, par sa seule puissance, un mariage qui, au moment de sa publication, était nul d'après la loi sous laquelle il a été publié (1) ; en effet, il suppose

(1) Ouv. cit., sect. III, § 2, art. 5, V, 543 : « Une loi nouvelle ne peut pas valider immédiatement, et par sa seule puissance, un ma-

ici, d'une manière expresse, que l'action en nullité de mariage *constitue un droit acquis* (1) non seulement aux conjoints eux-mêmes, mais encore aux *tiers*, autorisés par la loi antérieure à cette action.

Cela n'est donc pas le cas pour les tiers (2) et l'on peut dire qu'un contrat qui, d'après la loi sous laquelle il a été conclu, aurait pu être rendu nul et sans effet, peut-être validé par une loi ultérieure. Examinons le cas du refus du consentement paternel. D'après les §§ 972, 973, titre I, part. II du Code prussien (cf. *ibid.*, §§ 994, 995) ceux-là seuls qui ont le droit de faire obstacle au mariage, le père, par exemple, peuvent faire dissoudre le mariage nul pour défaut de leur consentement.

Ici donc celui qui contracte un mariage a aussi peu que son père un *droit acquis* à la dissolution du mariage. Le père ne tient ce droit que de la loi (3) ; celui qui se marie

riage qui, au moment de sa publication, se trouve, d'après la loi sous laquelle il a été célébré, entaché de vices qui en emportent la nullité ; et si elle le faisait, elle rétroagirait manifestement, elle ravirait un droit acquis ; rien ne pourrait la justifier. »

(1) Il poursuit en ces termes : « Mais elle peut sans rétroagir subordonner la *recevabilité de l'action* en nullité de mariage qui est *acquise*, soit aux deux époux, soit à l'un d'eux, *soit à des tiers*, avant sa publication, à des diligences dépendantes de leur volonté, et déclarer qu'à défaut de diligences, leur action ne sera plus recevable ». Bien plus, la loi peut enlever sans autres formes ce droit aux *tiers*, et elle le leur enlève en réalité par le simple fait qu'elle ne reconnaît plus un semblable droit, même pour les mariages déjà contractés.

(2) Naturellement, ce qui est dit plus haut ne s'applique pas au cas prévu par le § 936, titre I, IIe part. du Code prussien ou à l'art. 47 du Code Nap. où l'on contracte un second mariage avant la dissolution du premier. Assurément l'époux du premier mariage est, vis-à-vis de ce deuxième contrat, un *tiers ;* mais son droit d'opposition lui est acquis par sa propre action individuelle — son propre mariage conclu sous cette loi ; — il est donc la conséquence d'un droit qu'il a *acquis lui-même* ; et nous sommes ici en présence d'un cas que nous avons déjà distingué de celui-ci au début de ce paragraphe.

(3) Car l'on ne peut naturellement pas admettre la fiction d'après laquelle, en vertu de l'identité de volonté qui règne dans le droit

ne possède pas, comme un droit, le droit à la nullité du mariage ; il ne peut le faire valoir. Cette nullité ne peut se produire pour lui que comme une *conséquence de fait d'une volonté indépendante de lui*, de la volonté de son père, laquelle, par conséquent, au lieu d'être un acte de sa propre volonté, est pour lui une *circonstance extérieure*. Comme celui qui agit s'est mis dans une situation telle, que la validation ou l'invalidation de son mariage dépendra d'une circonstance *étrangère* à sa volonté, qui n'a même pas le caractère d'une condition, puisque celui qui agit ne peut lui-même mettre en mouvement la puissance dissolvante dans cette circonstance, il ne saurait être ici question d'acquisition ; c'est pourquoi celui qui agit n'est pas plus fondé à se plaindre de la modification de son acte, c'est-à-dire de la rétroactivité, si la loi, intervenant à la place du père, donne l'autorisation en retirant à celui ci l'action en nullité, que si le père, de son propre mouvement, avait renoncé à cette action en nullité ou était mort dans l'intervalle, événement qui aurait validé le mariage. Il n'en est pas tout à fait de même pour l'art. 182 du Code Nap., dans la mesure où celui-ci, au cas où un mariage a été contracté sans le consentement du père, accorde, non seulement au père, mais encore à celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement, le droit d'attaquer ce mariage.

familial (§ 2, A.), le droit d'opposition des parents devrait être considéré comme acquis par leur *propre acte de volonté*. Cette fiction générale repose précisément sur la supposition faite par la loi de l'identité de la volonté de ces personnes. L'appliquer au cas où le fils se marie contre le gré de son père, et dire, par conséquent, que le fils, par sa volonté identique avec celle de son père, acquiert à celui-ci le droit à la négation de sa propre volonté, ce serait faire une *contradictio in adjecto* : l'on considérerait les volontés des deux personnes comme identiques et on les traiterait, en même temps, comme deux volontés opposées : ce qui est une monstruosité au point de vue logique. Ici donc, nous sommes en présence d'un cas où doit s'appliquer le principe romain : *fictio cedit veritati*, et ce droit d'opposition que possède le père ne fait que découler de la puissance paternelle que lui confère la loi.

Si une loi supprime la nécessité du consentement paternel, voici ce qui devra se produire. Le père, comme on vient de le voir, perd par la nouvelle loi, le droit d'attaquer *contre la volonté* de son fils le mariage de celui-ci, car ce droit n'a jamais été pour lui un droit acquis. Le fils, au contraire, attendu que ce droit semble posé tacitement par sa propre action, pourrait, après comme avant la publication de la loi, attaquer, dans les délais prescrits, son propre mariage, dans la mesure où n'interviennent pas d'autres principes que nous aurons à développer dans leur nature conceptuelle au § 10.

De même il est clair à présent que si l'art. 184 du Code Nap. accorde, en dehors des époux eux-mêmes, à tous les tiers intéressés et au ministère public le droit d'attaquer en nullité le mariage contracté en dehors des conditions d'âge requises ou prohibé à cause du degré de parenté des conjoints, ce droit serait retiré aussi bien aux tiers qu'au ministère public si ces obstacles au mariage venaient à être supprimés par la loi.

Une autre conséquence, en même temps qu'une nouvelle confirmation du principe développé dans le présent paragraphe, consiste dans ce fait que le droit statutaire de rachat — le retrait lignager — (qui, dans l'ancien droit coutumier français, de même que dans le Code prussien, 2e part., titre IV, § 227 sqq. appartenait aux parents du vendeur d'un bien fonds, et les autorisait à se faire subroger à l'acquéreur, dans le cas où il n'avait pas été encore acquis par des actes des cognats) devrait être considéré comme écarté par le Code Nap. qui ne le reconnait plus : sur ce point tous les juristes français sont d'accord (cf. Meyer, *Questions transit.*, p. 194 sqq., Merlin, ouv. cit., p. 566 sqq.)

§ 6. — *Nouveaux actes de volonté. Délais. Transformation de droits d'hypothèque, de testaments. Rachat, Emphytéose. Contrat de rente. Révocations de donations. Différences.*

Si donc le maintien du libre arbitre individuel constitue l'unique support de l'idée de non-rétroactivité, il s'en dégage une conséquence qui menace très sérieusement cette idée, mais qui prouve de la façon la plus nette qu'elle est la loi véritable en la matière.

Cette conséquence, c'est que des lois ultérieures pourront modifier ou supprimer, sous de certaines conditions, des droits acquis, des traités conclus et leurs effets, pourvu qu'elles fassent dépendre le maintien de ces droits d'une condition que seule la volonté libre de l'individu muni de ce droit peut remplir.

Il est évident, d'après l'idée développée, que l'individu ne peut pas se plaindre que son acte ait été dénaturé, que son libre arbitre ait été violé, quand sa seule volonté est laissée maîtresse de maintenir cet acte. Comme la condition exigée de l'individu pour ce maintien est celle-ci : *affirmer sa volonté* ou *l'affirmer une nouvelle fois*, la suppression du droit acquis, que la loi fait résulter de la non-exécution de cette condition, apparaîtra plutôt comme un *abandon volontaire* de son droit que comme une altération violente de sa volonté.

Il s'ensuit donc que, sans pour cela rétroagir, la loi peut ordonner de modifier la forme d'actes accomplis et valables d'après les lois antérieures, s'il en est encore temps et si cela dépend encore de la volonté de l'individu nanti de ce droit, afin de conserver à ces actions leur validité ; qu'une loi peut établir des délais ou diminuer ceux qui existent pour prendre possession des droits acquis, faute de quoi ces droits sont perdus ; qu'elle fait dépendre le maintien d'un droit contractuel de formalités, par exemple, de l'inscrip-

tion, qui ne sont accomplies que par la volonté de l'individu ; qu'elle va même jusqu'à agir immédiatement sur la teneur d'un contrat, à la condition que l'altération ou la suppression d'un droit puisse être empêchée par la *simple volonté de l'ayant droit.*

Si ce qui précède est juste, il s'ensuit que la formule de la rétroactivité que l'on rencontre souvent, d'après laquelle des *faits accomplis* ne peuvent être atteints par de nouvelles lois, outre qu'elle est insuffisante, *n'est pas juste non plus.* Car des faits accomplis et jusqu'alors parfaitement valables et efficaces sont altérés et supprimés ici, quand la condition du nouvel acte de volonté n'est pas remplie.

L'on voit également que le contrat en tant que tel n'est absolument pas réglé seulement par la loi en vigueur lors de sa conclusion, comme le disent les formules habituelles; mais qu'en lui, comme en tout droit quelconque, ce qui est et doit être soustrait à l'action modificatrice des lois ultérieures, ce n'est pas autre chose que l'idée du *libre arbitre individuel.*

Personne ne prétendra qu'il y ait rétroactivité dans le fait que la loi exige, pour le maintien d'une volonté posée déjà antérieurement sous une forme suffisante, un *nouvel* acte de volonté. Le prétendre, ce serait contester le droit positif que possède l'Etat, d'exiger l'accomplissement de certains actes comme condition des garanties civiles et de leur maintien, droit qui l'autorise, afin, par exemple, de connaître d'une façon indubitable les dernières volontés des testateurs, ou dans l'intérêt de la conformité des droits d'hypothèque, ou de la plus grande sécurité, ou de l'élucidation plus rapide d'une situation juridique, à exiger une nouvelle déclaration des volontés dernières sous une forme modifiée, une nouvelle inscription hypothécaire faite d'une façon déterminée, ou une manifestation plus rapide de l'intention qu'a la volonté de conserver ces droits, c'est-à-dire, une action en justice dans des délais plus courts. Et comme toutes ces exigences se ramènent à des actes de volonté ; comme l'individu ne dépend que de sa propre

volonté, pour ce qui est de la conservation ou de la perte de ses droits, si la loi lui impose, sans raison suffisante, d'exprimer une nouvelle fois sa volonté, afin de conserver son droit, cette loi peut être, le cas échéant, une loi *importune* : mais on ne saurait prétendre qu'elle soit *rétroactive* et brise la volonté de l'individu.

Après avoir justifié théoriquement la conséquence développée, nous avons à nous demander si elle n'a pas, jusqu'à présent, été reconnue quelque part dans le domaine du droit empirique.

Chose surprenante, cette conséquence tirée du concept a de tous temps et dans tous les pays été pleinement reconnue, sans pouvoir néanmoins mettre en lumière l'idée du libre arbitre individuel dont elle découle, et qui, grâce à elle, nous apparaît nettement comme l'unique fondement de la question de la rétroactivité. Il en résulte, d'autre part, qu'elle ne fut nulle part poussée jusqu'aux conséquences qu'elle comporte.

Elle a été reconnue expressément par le § 16 de l'introduction du Code prussien : : « Si la forme extérieure seule d'un acte doit être *modifiée*, et si cette prescription doit être observée pour tous les *actes encore susceptibles d'être modifiés*, la loi doit fixer un délai suffisant à cet effet (1). »

Donc, à la condition que cette modification soit encore matériellement possible et qu'à cet effet un délai suffisant soit accordé à l'individu, le législateur prussien ne la considère pas comme une rétroaction, quand bien même la loi exige que la *forme extérieure* de l'acte soit modifiée, elle qui d'habitude est seule et exclusivement soumise aux lois de son temps.

Ainsi, dans les cas multiples où le régime hypothécaire

(1) Bornemann a donc tort (ouv. cit., p. 16) de faire, à propos de cette prescription, la remarque suivante : « Le législateur peut également donner à une pareille loi (celle qui concerne la forme des affaires juridiques) un *pouvoir rétroactif*. » Comme nous l'avons vu, il n'y a pas ici de trace de rétroactivité.

prussien remplaça le droit d'hypothèque qui avait fait loi jusqu'alors, les créanciers hypothécaires furent invités à faire inscrire leurs créances au nouveau registre des hypothèques, dans un délai déterminé. Personne ne vit une rétroaction dans cette nécessité d'une nouvelle inscription pour le maintien d'un droit déjà acquis et efficace précédemment. Mais il y aurait eu rétroaction, dans toute la force du terme, si cette inscription n'avait pas été permise aux créanciers dans un délai déterminé ou bien (au cas où aucun délai ne leur eût été accordé pour la déclaration en forme de leurs créances ou qu'il ne leur eût pas été *possible* de produire cette nouvelle forme) s'ils n'avaient pas conservés leurs droits possédés jusqu'à ce moment là (1).

(1) L'on voit par là quelle est l'erreur de Bornemann (p. 22 sqq.) qui parle de véritable rétroactivité. Conformément à deux rescrits ministériels du 13 févr. 1792 et du 30 mai 1801 (avec lesquels le rescrit du 16 mars 1787, qui est juste, est en contradiction), la Cour suprême avait refusé, dans un cas ultérieur, le changement de l'inscription au nom du propriétaire du bien, qui avait opéré le remboursement d'un capital inscrit en 1744 et remboursé au dernier détenteur; cela, pour la raison que le dernier détenteur ne pouvait justifier de sa qualité que par une cession privée extra-judiciaire du 7 décembre 1748 ; de même, il ne pouvait justifier de la qualité des précédents endosseurs que par de semblables cessions privées. Le propriétaire du bien poursuivit alors le dernier détenteur et celui-ci fut mis en demeure, par un jugement, de justifier, dans un délai déterminé, de sa qualité de propriétaire du bien, sous forme hypothécaire. Comme il était poussé par la déclaration en faillite et qu'il lui était impossible de se procurer la légitimation après un laps de plus de soixante ans, le dernier détenteur s'adressa, en 1833, au ministre de la Justice, le priant d'ordonner, sans plus, la réinscription de la créance. Le ministre de la Justice donna satisfaction à cette requête dans un exposé des motifs très judicieux (v. BORNEMANN, p. 21, et KAMPTZ, *Jahbr.*, vol. XLI, p. 525 sqq.) et pour mettre fin à la contradiction avec le rescrit de 1801, il fit publier, le 29 mai 1833, une ordonnance qui décida justement que les prescriptions du régime hypothécaire, § 60 sqq., 199, 248 sqq., ne pourraient pas être appliquées aux contrats conclus antérieurement, ni à des actes dressés d'une façon incomplète, ou à leur forme extérieure. Un semblable rescrit relatif aux provinces nouvellement

Ainsi le législateur prussien ne fait que reconnaître expressément notre principe et le § 16 de l'introduction au Code

réunies et aux lettres-patentes publiées pour elles, le 22 mai 1815, ainsi qu'à l'instruction du 30 mai 1815, parut le 14 août 1837 ; il décidait qu'en vertu des actes privés dressés sous le régime du droit commun, qui, d'après les lois d'alors, suffisaient, au point de vue matériel et formel, à l'acquisition de propriété et n'avaient pas de vices visibles, la justification du titre de propriétaire devait se faire immédiatement.

Or, contrairement à ces dispositions, Bornemann prend le parti des anciens rescrits ministériels de 1792 et de 1801 et déclare que l'exposé des motifs du ministre de la Justice de 1833 n'est pas « complètement juste ». Voici ses raisons : D'après les lois prussiennes également, de simples actes privés suffisaient. en tant que *causa præcedens*, pour l'acquisition de choses et de droits. Le régime hypothécaire ordonne, à ce sujet, que de semblables actes privés doivent être présentés tout d'abord à celui qui les a dressés pour qu'il les reconnaisse. Si, à présent, dit Bornemann, les anciens rescrits ordonnent que cette disposition s'applique également aux actes dressés sous le régime du droit commun, le régime hypothécaire n'aura aucune puissance rétroactive. Car la *validité formelle* de ces actes n'est pas atteinte (!). L'on doit seulement ne pas leur donner, par rapport à une nouvelle disposition qui était étrangère au droit commun et sur laquelle celui-ci ne peut pas agir, une puissance plus grande qu'aux actes de même nature, établis sous le régime du droit prussien. C'est pourquoi je crois que les anciens rescrits répondent à la stricte application du principe général des limites temporaires du régime d'une loi.

Mais cette subtilité conduit Bornemann à de très graves confusions. Dans notre cas, une seule question devait être examinée. La cession privée du 7 décembre 1748 pouvait-elle, d'après les lois d'alors, transmettre avec pleine efficacité les droits de créance inscrits au livre hypothécaire (et autoriser, par conséquent, le changement de l'inscription au livre hypothécaire). Cela, Bornemann ne le conteste pas, et ainsi la question est tranchée. Mais le fait que les lois prussiennes admettent également des actes privés pour l'inscription hypothécaire, mais après que celui qui l'a dressé l'a reconnu, n'exerce aucune influence et ne rend pas le cas différent de ce qu'il serait si la loi prussienne n'admettait aucun acte privé et uniquement des actes notariés pour l'inscription. La loi prussienne peut ordonner, pour les actes dressés sous son régime, que, pour avoir des espèces déterminées d'efficacité, les actes doivent obser-

prussien, quand, dans les édits de publication transitoires pour les provinces soumises jusqu'alors au droit français, dans lesquelles, par conséquent les testaments olographes et notariés étaient en usage, il exigea, afin de garantir la

ver certaines formes déterminées, par exemple, la forme judiciaire ou notariée ou la forme de la reconnaissance. Si ces formes ne sont pas observées, la loi peut leur refuser tous effets ou tout au moins certains effets. Donc quiconque reçoit, sous le régime de la loi prussienne, un acte privé, sait et accepte librement la nécessité de demander la reconnaissance de celui qui a dressé cet acte, pour pouvoir l'inscrire au livre des hypothèques. Mais, si la cession privée antérieure a déjà donné le droit à cette inscription, sans qu'il soit besoin de la dite reconnaissance, le juge ne saurait considérer le droit régulièrement acquis antérieurement comme annulé tacitement par la loi pour n'avoir pas rempli la nouvelle forme. Le législateur aurait pu exiger que des actes privés, déjà existants, fussent reconnus après coup par celui qui les a dressés, pour pouvoir être inscrits au livre hypothécaire ; il aurait pu fixer un délai à cet effet et, si la reconnaissance n'avait pas été faite à son expiration, le droit aurait été enlevé. Mais comme le législateur n'a pas ordonné d'exécuter après coup cette nouvelle forme, le juge n'a pas le droit de la suppléer de son propre mouvement. Et le législateur lui-même n'aurait pu exiger cette nouvelle forme (la reconnaissance) que dans les cas où elle eût été encore possible et eût dépendu de la seule volonté du cessionnaire, par conséquent, dans des cas où celui qui a dressé l'acte eût encore vécu et eût pu être contraint, par procès, à la reconnaissance, mais non pas pour des actes datant de 1748 et des années antérieures. Toute autre décision du législateur et, à plus forte raison, du juge, est contraire à la nature de la matière développée plus haut et au § 16 de l'introduction du Code prussien, comme on le voit également par ce qui précède. N'est-il pas curieux que Bornemann, qui, nous l'avons vu, trouve une puissance rétroactive dans ce § 16 qui ne contient aucune trace de rétroactivité, tombe justement par ce fait dans une rétroaction flagrante ? Nous ne cacherons pas que Bornemann ajoute là-dessus que, quoique juridiquement rigoureuse, sa conclusion peut conduire à de fâcheux inconvénients : c'est pourquoi il propose de laisser aux soins du juge hypothécaire la solution de pareils cas. On ne doit pas le faire, non pas parce que sa conclusion manque d'équité, comme il le dit, mais parce qu'un semblable procédé n'est aucunement juridique.

vérité et l'incontestabilité des dispositions testamentaires, que l'on refit judiciairement les testaments d'après les prescriptions du Code prussien, même ceux qui étaient valides. L'édit de promulgation du 9 sept. 1814 pour les provinces au delà de l'Elbe, ordonnent à ce sujet au § 7 : « Les testaments écrits et signés de la main des testateurs, et valables, sans autre forme jusqu'à présent, de même que ceux qui ont été faits par devant notaire, ne seront plus considérés comme valables que *pendant une année*, à partir du 1er janvier 1815 (1).

« A l'expiration de ce délai, en l'absence de dispositions valables, la succession légale aura lieu, *à moins qu'il puisse être démontré* que, pendant cette période d'un an, le testateur a été empêché de faire un testament d'après les prescriptions du code prussien. »

Toutes les conditions exigées par le concept sont soigneusement remplies ici. L'on accorde un délai suffisant, dans lequel le testateur peut et doit à nouveau exprimer sa volonté et jusqu'à l'expiration duquel la première expression est valable ; et même jusqu'à la fin de ce délai la *preuve du contraire* est admise, établissant que le testateur a été empêché *matériellement* : ainsi l'individu n'est soumis exclusivement qu'à sa propre volonté.

Aussi est-il extrêmement surprenant que Savigny (VIII, 478) appelle cette ordonnance une *disposition toute* spéciale, dans laquelle l'expression d'un *principe général stable* n'est qu'apparente, et qui est simplement un pis aller, dans un cas isolé. L'on ne retrouve pas, ajoute-t-il, une semblable disposition dans toutes les lois transitoires. »

En tout cas Savigny aurait dû s'apercevoir que cette prétendue disposition spéciale renferme le principe général stable du § 16 de l'Introduction au Code prussien ; qu'elle ne renferme que ce principe, dont découle la procédure

(1) De même dans les lettres-patentes du 9 novembre 1816, § 9, pour la Prusse occidentale, et celles du même jour pour le grand-duché de Posnanie.

suivie dans le régime hypothécaire, procédure qu'il approuve lui-même (v. VIII, 539). Ce même principe, loin d'être particulier, se retrouve dans les législations les plus diverses.

Ainsi, dans la nov. 66, chap. 1, § 4, Justinien décide que les testaments ne doivent pas, relativement à la validité de leur forme, être jugés d'après ses nouvelles prescriptions et ne doivent pas non plus être renouvelés (*nec accusentur quod eo tempore, quo illi vixerunt, eas non mutaverint*) ; il déclare *expressément* qu'il n'exige pas une pareille chose, parce qu'elle ne serait pas *possible* matériellement au testateur, dans des cas très nombreux, et que, pour cette raison, une semblable exigence serait inadmissible ; car, immédiatement après avoir expliqué qu'on ne saurait demander que les testaments fussent refaits, il motive sa décision en ces termes : « *neque enim omnia in nostra potestate sunt, nec semper aliquis tempus testandi habet. Nam sæpe mors repente homines opprimit iisque facultatem testandi adimit* (τῆς τοῦ διαθέσθαι τούτους ἐξουσίας ἀφαιρούμεναι). *Quare quod ab initio recte factum est* etc...

Justinien dit par conséquent assez clairement que, si n'était ce scrupule de l'impossibilité matérielle, c'est-à-dire, l'impossibilité de faire dépendre l'accomplissement de la *seule volonté individuelle* (1) — scrupule dont il est soigneusement tenu compte dans les édits de promulgation prussiens — le renouvellement des testaments pourrait être exigé par le législateur.

L'on retrouve ce principe aussi nettement exprimé que dans les lettres patentes prussiennes dans les annales de la législation française. Les lois françaises du 5 brumaire et du 17 nivôse an II avaient modifié totalement la capacité

(1) La *possibilité matérielle* en ce sens, c'est-à-dire la dépendance d'une action de la simple volonté individuelle est donc, à juste titre, une *catégorie juridique* où tout se ramène à la volonté individuelle ; cf., par exemple, ce qui est dit plus haut sur la prescription « agere non valenti non currit præscriptio », la L. 18, C. *de testibus* (4, 20), etc.

de tester et, sans tenir compte, à la vérité, du principe dont il est ici question, avaient annulé les testaments des personnes encore en vie. Mais elles avaient laissé une quotité disponible, à propos de laquelle on pouvait tester (un dixième de la fortune s'il existait des héritiers directs, un sixième, s'il existait des collatéraux). A présent se posait la question de savoir si les testaments existants et disposant à titre universel contrairement à ces lois devaient tout au moins être maintenus pour lesdites quotités, ou s'ils devaient être complètement annulés. et si de nouveaux testaments devaient être faits pour la quotité disponible. En ce sens, ce n'était qu'une question relative à la validité extérieure et formelle des testaments existants : elle pouvait tout au moins être conçue comme question de forme extérieure, et, comme nous le verrons, elle le fut finalement. Voici ce que décida à ce sujet la Convention, par l'art. 47 du décret du 22 ventôse an II. « Que la loi a aboli ces anciennes dispositions et que, si elle a simplement réduit à une quotité celles dont l'auteur décédé *ne pouvait refaire* un nouvel acte, ce motif a *cessé*, lorsque cet auteur a survécu à la promulgation de la loi du 5 brumaire ; qu'ainsi et s'il ne l'a pas fait, l'ancienne disposition est nulle pour le tout. »

Ainsi la Convention était d'accord avec le législateur prussien, aussi bien pour le principe d'après lequel le renouvellement des testaments pouvait être exigé, que pour celui d'après lequel cette exigence n'est admissible que dans le cas où le testateur *peut* refaire le testament. La simple différence, c'est que l'impossibilité consiste, pour la Convention, dans la mort seule du testateur.

Mais les lois du 4 brumaire (v. plus haut), du 17 nivôse et du 22 ventôse an II furent plus tard rapportées dans leurs dispositions rétroactives, qu'elles fussent véritables ou crues. Au sujet de la question qui nous occupe, la loi du 18 pluviôse an V (6 févr. 1797) publiée sous le Directoire, décida, à l'art, 4, que :

« Les actes de dernière volonté faits antérieurement à la

publication des lois des 5 brumaire et 17 nivôse an II et qui n'ont pas été refaits ou renouvelés depuis dans les *cas mêmes où la loi en indiquait l'obligation*, restent néanmoins valables et sont seulement *réductibles* jusqu'à la concurrence de la quotité disponible, *lorsqu'ils sont l'ouvrage* : 1° de militaires décédés au service de la patrie, ou de personnes mortes au service des armées ; 2° de personnes décédées en maison de réclusion ou qui sont péri en vertu de jugements révolutionnaires, ou qui sont demeurées cachées par suite de mise hors la loi ou de mandats d'arrêt ; 3° de personnes mortes en voyage de long cours. »

C'est-à-dire, dans des cas où le renouvellement du testament ne dépendait plus de la simple volonté du testateur, quoiqu'il fût encore en vie, où ce renouvellement était évidemment impossible, l'ancien testament devait conserver sa validité (pour la quotité disponible). Par contre, les testaments de ceux qui, sans se trouver dans ces différents cas, avaient survécu à la publication de ces lois, sans *renouveler* leur testament, perdaient toute valeur. Ainsi, même à cette époque où l'on était très disposé à définir le concept de rétroactivité d'une façon très large et à voir dans les ordonnances de la Convention des cas de rétroactivité, on n'en vit pas un dans la loi qui exigeait un renouvellement formel d'un acte et l'on n'exclut pas cette loi quand on supprima l'effet rétroactif des lois de brumaire et de nivôse. La loi de pluviôse ne fit plus qu'une addition importante. Malgré ce qui précède tous les testaments devaient rester valables jusqu'à y compris la quotité disponible, dans les cas où les successions s'étaient ouvertes après la publication des lois de brumaire et de nivôse, mais avant celle de la loi du 12 ventôse an II qui a *déclaré formellement la nécessité de renouveler* « les dispositions à titre universel ».

Cette addition limitative et la motivation qui l'accompagne est très importante pour deux raisons D'une part, l'on y voit que le Corps Législatif ne considérait pas la nullité des testaments comme une conséquence de la caducité de leurs dispositions prohibées, comm une nullité

matérielle, qui, écartant tout testament prohibé, le remplaçait par l'héritage *ab intestat*. Cette conception, qui éloigne la question du point de vue auquel nous nous plaçons actuellement et qui a de tous temps joué un grand rôle dans les testaments, mais qui n'est généralement guère possible, quand le testament a été fait *avant* la publication de la loi prohibitive, ne se rencontrait pas ici : autrement, les testaments faits postérieurement aux lois du 5 brumaire et du 17 nivôse auraient dû être également annulés, puisque c'était justement *ces lois* qui contenaient lesdites dispositions prohibitives. Or, il était spécifié expressément — dans l'art. 47 cité plus haut — que ces dispositions annulatives n'entreraient en vigueur qu'à partir de la loi de ventôse, qui avait « *proclamé formellement la nécessité de renouveler ces testaments* ». Le corps législatif ne considérait donc la nullité des testaments que comme la conséquence de la non-exécution de la *prescription* qu'il voyait dans l'art. 47 de la loi de ventôse, prescription relative au renouvellement de la *forme testamentaire extérieure*, et analogue à celle que contiennent les lettres patentes prussiennes que nous venons d'examiner.

En deuxième lieu le Corps Législatif reconnaissait par cette disposition le principe que nous avons développé plus haut contre Bornemann (p. 186 note 1) ; quand il est nécessaire, avons-nous dit, de maintenir l'efficacité d'une action antérieure, par l'exécution d'une formalité extérieure prescrite par la nouvelle loi, cette nécessité doit *être exprimée* par le législateur, et si cette disposition est absente, on ne saurait la déduire de l'interprétation des lois. C'est pour cette raison que le Corps Législatif n'admit pas que cette prescription de renouveler les testaments existants fût transportée par référence — quoique cette déduction semblât naturelle — dans les lois du 5 brumaire et du 17 nivôse : il ne fit dater cette prescription d'annuler les testaments existants non renouvelés que de la loi de ventôse qui la spécifiait en termes *exprès*. — La raison en a été développée plus haut —. Les dispositions que nous avons exami-

nées jusqu'ici dans le présent paragraphe se ramènent à une invitation adressée par la loi à l'individu d'affirmer une *nouvelle fois* sa volonté pour la rendre valable. Comme cette volonté s'est déjà exprimée sous une forme efficace par elle-même, cette invitation est une gène imposée à l'individu, mais qui se justifie par le droit qu'a l'Etat d'exiger l'accomplissement de certains actes en échange de garanties civiles. Mais pour cette raison même le législateur est seul en droit d'imposer cette gêne et ces actes pour le maintien d'une chose déjà valable par elle-même ; le juge qui ne dispose pas de ce droit positif ne peut pas créer par référence la nécessité de ces actes où ils ne sont pas exigés expressément, ni refuser de reconnaître ce qui est déjà valable de soi.

Merlin reconnaît, d'une façon aussi expresse et plus générale encore que le § 16 de l'Introduction au Code prussien, la conséquence du concept que nous avons développée au début du présent paragraphe. Il dit (1) : quoique les droits *contractuels*, qu'ils soient actuels, éventuels ou expectatifs, échappent aux lois ultérieures, celles-ci peuvent néanmoins « en subordonner l'exercice à telles formalités, à telles diligences, à telles conditions qu'il leur plaît, pourvu que ces formalités, ces diligences et ces conditions *ne dépendent point* d'événements ou de faits *étrangers à la volonté des parties* auxquelles elle les impose, ou, en d'autres termes, pourvu que ces parties ne puissent imputer qu'à leur *propre incurie* la perte qu'elles éprouvent par l'omission ou l'inaccomplissement de ces formalités, de ces diligences, de ces conditions.

Ainsi, comme nous venons de le voir, la loi ne peut pas, en réduisant aujourd'hui l'intérêt conventionnel de l'argent, empêcher qu'un intérêt plus haut, qui a été précédemment stipulé sous une loi qui l'autorisait, ne continue d'être exigible ; mais elle peut dire au créancier à qui elle

(1) *Rép. de jurisprud.*, v° Effet rétr., sect. III, § 3, art. 3, n° 11, t. V, p. 575.

conserve forcément le droit d'exiger des intérêts sur le pied de leur stipulation primitive : « tu te feras désormais payer ces intérêts dans tel délai ; et faute de diligence de ta part pour te les faire payer dans ce délai, ils seront prescrits ». Et voilà pourquoi nul ne doute que l'art. 2277 du Code civil, qui assujettit les intérêts à la prescription de cinq ans, ne soit applicable aux intérêts qui, bien que stipulés antérieurement au Code Civil et dans les pays où, à l'époque de leur stipulation, ils n'étaient prescriptibles que par trente ans, ne sont néanmoins échus que postérieurement à la mise en activité de cet article.

Ainsi la loi du 11 brumaire an VII, en établissant un nouveau système hypothécaire, n'a pas pu abolir les hypothèques qui avaient été constituées suivant l'ancien mode ; mais elle a très bien pu dire aux créanciers à qui appartenaient ces hypothèques et elle leur a dit en effet : « Vous ferez inscrire ces hypothèques au bureau des conservateurs dans telle forme et tel délai ; sinon vous serez déchus. »

Jamais l'activité du concept ne s'est manifestée sous une forme verbale aussi claire que celle-ci, qui exprime si nettement la conséquence développée par nous au début du présent paragraphe.

Ce qui est étonnant, c'est que Merlin, en dépit de ces paroles si claires qui, comme nous l'avons déjà remarqué, expriment d'une façon limpide et définitive la véritable et l'unique teneur du concept de rétroactivité, ne se soit pas élevé jusqu'au *concept* lui-même et partant jusqu'au véritable fondement théorique de la conséquence qu'il tire lui-même. Mais c'est là une particularité commune à tous les Français : ils sont sous l'empire impulsif du concept véritable et néanmoins ne parviennent pas à se l'expliquer clairement.

Par contre, nous nous étonnerons davantage de ce que Merlin ne maintienne pas vigoureusement les conséquences juridiques rationnelles de ses propres paroles, comme nous l'allons voir immédiatement.

Dans le ressort du Parlement de Toulouse, le débiteur, exproprié par vente judiciaire, jouissait, pendant 10 ans, du

droit de « rabattre le décret », c'est-à-dire d'évincer l'adjudicataire en lui remboursant le prix d'achat plus les frais. Dans la mesure où les débiteurs avaient laissé se faire de semblables ventes forcées sous le régime de cette loi, ce droit d'éviction devait, à juste titre, être considéré comme un droit conventionnel, comme une condition résolutoire stipulée tacitement au moment de la vente. Ce droit n'en fut pas moins supprimé par la loi du 25 août 1792, même pour les ventes judiciaires qui avaient déjà été faites. Mais la Convention se rendit compte du caractère rétroactif de cette loi et, pour éviter la rétroaction, elle ordonna par une autre loi (12 février 1793, art. 2) que la suppression de ce droit ne devait s'appliquer qu'aux adjudications faites postérieurement à la loi du 25 août 1792 ; que, pour les adjudications antérieures, les anciens propriétaires devaient le conserver, tant que le délai de dix ans ne serait pas encore expiré.

Cependant, le 17 germinal an II, une nouvelle loi fut publiée, qui abrégeait ce délai et ordonnait qu'une action en rabattement ne devait plus être admise à partir du 1er vendémiaire an III.

Dans la période de réaction l'on pensa que cette loi abrégeant un délai était également rétroactive. C'est pourquoi elle fut rapportée par la loi du 25 brumaire an VI, parce qu'elle impliquait « des dispositions de rétroactivité également contraire à la justice et à la déclaration des droits ».

Merlin, examinant cette loi du 17 germinal an II, pense également qu'elle est rétroactive. Car, dit-il (ouv. cit., p. 567), « si la loi peut abréger le *délai* d'un retrait purement légal, elle n'a pas le même pouvoir à l'égard d'un retrait à la fois légal et *tacitement conventionnel*. »

Mais, même si l'on doit penser que la loi était rétroactive, — pour la *raison* que le délai était tacitement conventionnel, raison qui conduirait à une théorie absolument fausse — elle ne l'était certainement pas en réalité. Car, pourquoi une loi ne pourrait-elle pas abréger un délai stipulé tacitement ou même convenu expressément, sans qu'il y ait rétroaction ?

L'opinion unanime, que Merlin a lui-même exprimée dans le passage cité plus haut, (p. 194) c'est que la loi peut abréger des délais de prescription, même pour des droits déjà acquis, sans qu'il y ait rétroaction. Et, ne doit-on pas voir aussi bien, dans tout contrat par lequel un droit est acquis, la stipulation tacite que ce droit sera prescrit dans le délai fixé par les lois sous lesquelles le contrat a été fait, que l'on voit, dans la vente forcée sous cette loi, la stipulation tacite de faire valoir le droit de propriété dans le délai légal ?

Puisque donc le délai était *tacitement conventionnel*, la raison indiquée ne se trouve pas ici. Même si le délai de prescription était expressément fixé dans un contrat, la loi ultérieure abrégeant ce délai n'en aurait pas moins son plein effet.

La différence réside dans une raison conceptuelle déjà indiquée précédemment. Dans le cas de prescription, la *simple volonté* de l'individu suffit pour maintenir son droit. Même s'il a stipulé tacitement ou expressément un délai plus long, il peut *toujours* réclamer, si la loi lui en fait un devoir. Ainsi il ne dépend d'*aucune circonstance* que de *sa volonté*. Mais, pour faire un rachat, le simple acte de volonté *ne* suffit *pas* comme pour la plainte ; il doit être accompagné de l'offre du prix d'achat, par conséquent d'un acte objectif indépendant de la simple manifestation de sa volonté.

Pour se procurer ces moyens, l'individu s'est réservé, dans le délai tacitement conventionnel, une période déterminée. Celle-ci ne *peut* donc pas être *abrégée*, parce que d'un côté la reprise du bien constitue un simple *droit* réservé de l'ancien propriétaire et non pas une obligation de sa part et que, d'un autre côté, la *diminution* du *délai* faite contre son gré peut lui causer la perte de la teneur de ce droit, puisque la simple volonté ne suffit pas pour l'exercice de celui-ci.

De cette analyse se dégage la conséquence générale qui suit : les délais, qu'ils soient stipulés tacitement ou expressément, peuvent être abrégés par des lois ultérieures sans

qu'il y ait rétroactivité, si la simple volonté individuelle suffit pour maintenir le droit auquel ces délais sont relatifs. Ils *ne peuvent pas* être abrégés, si l'individu a besoin, pour ce maintien, de quelque condition étrangère à la simple volonté individuelle (1).

Jusqu'à présent il n'a été question que de cas où, comme pour le testament, l'inscription hypothécaire, la prescription, nous étions en présence d'un seul ayant droit qui, pour maintenir un droit déjà existant, devait affirmer sa volonté, et parfois répéter cette affirmation.

Mais il résulte des idées développées ici (et qui pour cette raison ont été déjà développées au début du présent paragraphe) que la loi peut agir aussi bien sur les droits acquis que sur des *contrats existants entre deux parties et les supprimer totalement ou partiellement ou les modifier*, à condition de ne pas faire dépendre *l'exclusion de cette action modificatrice qui lui appartient et le maintien du droit possédé jusqu'alors* d'une autre chose que d'une action *provenant uniquement de la volonté de l'individu muni jusqu'alors dudit droit.*

Il s'agit à présent de montrer que ce principe extrêmement important, dont la preuve théorique est déjà donnée en tête du présent paragraphe et dont la méconnaissance a causé tant de solutions fausses et de formules erronées sur les rapports existant entre les contrats et les lois, a déjà été reconnu et s'est déjà affirmé activement dans les textes juridiques.

C'est ce que nous constaterons tout d'abord dans la Novelle 120 de Justinien « de alienatione et emphytensi rerum ecclesiasticarum ». Au chapitre huit de cette Novelle, Justinien ordonne : « Si locator eliquis vel emphytenta rei pertinentis vel ad sanctissimam magnam ecclesiam vel ad aliam venerabilem domum in quocunque loco reipublicæ

(1) Dans cette mesure, il y a donc une véritable rétroaction dans la loi du 17 germinal an II, abrégeant le délai de l'action en rabattement.

nostræ sitam aut deteriorem *reddat* rem, quam *accepit* vel *post hæc accipiet*, aut per biennium emphytenticum vel locationis canonem a se promissum *non solvat*, *potestatem* venerabili Domni, a qua locatio vel emphytensis celebrata est, concedimus, ut ea quæ ei pro tempore præterito debentur, veteremque statum rei locatæ vel in emphytensin datæ exigat et *emphytensi vel locatione ejiciat*, ut qui nec de meliorationibus actionem quandam contra venerabiles domos movere possit ».

Donc si le locataire ou le fermier à titre emphytéotique n'a pas payé dans une période de deux années le canon stipulé ou s'il a fait des dégâts à l'immeuble, il pourra être chassé de l'emphytéose ; cette loi s'applique aux contrats déjà conclus.

L'action modificatrice exercée ici sur des contrats existants est indéniable.

Le droit acquis du fermier emphytéotique lui est retiré par la prescription légale d'une condition à laquelle il ne s'est soumis, ni expressément, ni tacitement, au moment de conclure le contrat.

Mais cette action légale n'est nullement rétroactive ; elle est pleinement régulière, car le maintien du droit qu'il a possédé jusqu'alors n'est soumis *qu'à* deux actes dépendant uniquement de sa volonté ; il n'a qu'à ne pas détériorer le fonds de terre et à ne pas manquer, deux années consécutives, de satisfaire à son obligation contractuelle, qui est de verser chaque année le canon emphytéotique. On aurait grand tort de prétendre, à ce dernier point de vue, que pour ce versement la simple volonté ne suffit pas, qu'en dehors d'elle il faut encore des moyens de paiement et qu'il en est ici comme pour le délai imparti pour le droit de rachat, ci-dessus mentionné. Dans ce dernier cas il y avait rétroactivité, parce que nous n'étions pas en présence d'une obligation, mais seulement d'un droit de rachat, et que ce droit pouvait être rendu illusoire par la *diminution* du délai fixé tacitement pour son exercice, parce qu'on manquait de moyens de paiement.

Mais, dans le cas présent, ce n'est pas la loi qui impose au fermier emphytéotique de faire un paiement, qu'il serait en droit et non dans l'obligation de faire ; il ne lui est pas non plus imposé de payer *avant* le terme pour lequel il s'est engagé. La loi exige simplement de lui *qu'il ne viole pas une obligation qu'il s'est imposée lui-même.*

D'après les idées juridiques, cette non-violation d'une obligation à laquelle on s'engage soi-même doit toujours être considérée comme un fait *du seul libre arbitre de l'individu.* Font exception les cas de force majeure qui, pour cette raison même, sont et doivent être à l'avantage de celui qui n'a pu remplir son obligation.

Il faut noter la différence observée avec soin par la Novelle de Justinien dans l'emploi des temps et des modes. Cette différence est plus tranchée encore dans le texte grec. Justinien dit que son ordonnance doit être appliquée quand quelqu'un a *reçu* ou *recevra* une chose en emphytéose — quam *accepit* vel post *accipiet* (ὅπερ ἢ ἔλαβεν ἢ μετὰ ταῦτα λάβοι). Ici il est donc indifférent que l'action — la conclusion du traité — ait déjà été faite ou soit encore à faire : nous avons en effet vu que dans les deux cas le libre arbitre du fermier n'est pas atteint. Par contre il est dit que la loi doit être appliquée au cas où le fermier *détériorera* le fonds de terre ou ne *paiera* pas le canon pendant deux années consécutives. Ici le subjonctif est constamment employé dans le sens du futur : « Εἴδέτις — — ἢ χεῖρον ποιήσῃ τὸ πρᾶγμα, ὅπερ ἔλαβεν, ἢ ἐπὶ διετίαν μὴ καταβάλῃ τὸν παρ' αὐτοῦ ὁμολογηθέντα ἐμφυτευτικὸν ἢ μισθωτικὸν κανόνα » (si — deteriorem *reddat* — aut non *solvat*, ou, comme traduit la glose, d'une façon plus précise : aut per biennium non *intulerit*). Cette alternance régulière des temps et des modes de verbes qui se suivent prouve que Justinien a très bien senti ce dont il s'agit. Le maintien du contrat ne doit pas dépendre de détériorations *déjà faites* ou d'un non paiement antérieur : autrement il dépendrait d'actes *passés*, qu'il n'est plus au pouvoir de la volonté de faire.

Imaginons à présent le cas inverse. Admettons que sous

une législation où cette novelle de Justinien fait loi, des contrats emphytéotiques soient conclus, et qu'ensuite paraisse une loi qui n'autorise plus le propriétaire à rompre le contrat au cas où le canon n'a pas été payé pendant deux années consécutives. Il est visible que cette *loi suppressive* ne peut pas agir sur les contrats existants. Car, par des contrats antérieurs, les propriétaires avaient acquis, en vertu de cette novelle, qui a l'effet d'un assentiment tacite de leur volonté, le droit de reprendre l'immeuble dont le canon n'avait pas été payé pendant deux années consécutives : or, comme le paiement ou le non-paiement du fermier n'est pas un acte dépendant de la volonté du propriétaire, *le maintien* de ce droit existant ne serait pas soumis par la nouvelle loi, comme dans le cas précédent, à la *volonté de l'ayant droit*. Il y aurait donc ici une rétroaction complète.

Or, quand Göschel, examinant justement le cas que nous venons de supposer, dit (1) que si une église s'est engagée par contrat, avant l'introduction du Code prussien, à affermer un immeuble en fermage héréditaire, elle peut réclamer judiciairement le paiement ou la rescision ; que, par contre, à cause de la suppression faite par le Code prussien de la distinction de la qualité personnelle du seigneur censier (1re part., titre 18, §§ 772, 773), si aucune disposition particulière n'a été prise à cet égard dans le contrat, l'emphytéose elle-même est perdue, non plus en deux, mais en *trois ans*, la grande erreur de cette solution est maintenant démontrée d'une manière positive. En même temps nous voyons quelle est la *véritable* idée de la distinction qu'il fait — elle avait déjà été faite par Meyer dans ses « *Principes sur les questions transitoires* » — entre « les conséquences *immédiates* et *médiates* d'un traité » ; seules les premières sont soumises aux lois anciennes, les autres, aux lois nouvelles. Sous la forme qu'elle revêt chez Göschel et chez Meyer, cette idée est fausse et illogique : ce reproche lui a

(1) Simon und v. Strampff, *Zeitschrift*, II, 20 sqq.

souvent été fait. Nous venons de le justifier en examinant la solution de Göschel. Mais une idée vraie les a déterminés à faire une telle distinction (1), et qui seulement, parce qu'ils n'ont pas cherché à se rendre bien compte de cette idée dont ils subissaient l'influence, s'est changée en une formule n'épuisant pas la nature de la matière et pour cette raison nécessairement fausse ; cette idée c'est précisément celle que nous avons développée et confirmée par la novelle de Justinien.

Et, comme il va également apparaître de soi-même, ce n'est que la puissance de ce principe qui a poussé le législateur badois à faire figurer, parmi les additions au Code Napoléon publié comme Code badois, cette addition à l'art. 2 du Code Nap. : « Les *conséquences à venir* d'un *événement passé*, et que la loi *antérieure avait autorisées, peuvent être modifiées* par la loi nouvelle, sans qu'il y ait rétroactivité, pourvu que la loi paraisse avant que se *produise le fait d'où découleront les conséquences.* »

On retrouve ici l'idée que nous avons trouvée dans la

(1) L'on ne saurait également maintenir cette solution de Göschel, pour la raison (cf. § 7) que la suppression faite par le Code prussien de la qualité personnelle du seigneur censier découle du droit public et est par conséquent une loi *cogente.* Elle l'est certainement, en tant que, sous le Code prussien, il ne peut plus être conclu de traité emphytéotique, dans lequel une église stipule expressément un délai de deux ans, en vertu de sa qualité d'église et non de seigneur censier ordinaire. Cela serait *contra leges.* Mais pour ce qui est des contrats antérieurs, le privilège de la qualité de l'église ne s'ajoute que comme un *motif indifférent* à la volonté des parties de faire dépendre la perte de l'emphytéose du non-paiement pendant deux années consécutives. Mais cette volonté elle même n'est pas exclue d'une manière *cogente* par le Code prussien ; au contraire, tout seigneur censier peut à son gré fixer un délai plus ou moins long pour la perte de l'emphytéose ; cela va de soi et est dit expressément dans le § 774, titre XVIII, Ire partie. Ainsi le Code prussien ne déroge en rien au libre arbitre privé. — Si par contre, il empêchait par une loi prohibitive de fixer un délai inférieur à trois années, la solution de Göschel serait juste, pour cette raison, comme nous verrons au § 7.

novelle. Le contrat ancien est un événement passé. Néanmoins la nouvelle loi, sans être rétroactive, peut exercer une action modificatrice, parce que ce cas du non-paiement qui produira les conséquences arrivera seulement *plus tard* après la publication de la nouvelle loi. Mais, comme le législateur badois ne pénètre pas l'idée qui le détermine, l'expression qu'il lui donne est non seulement obscure, mais encore positivement *fausse*. Car il *ne suffit pas de* dire que le cas qui produira les conséquences n'arrivera qu'après la publication de la nouvelle loi : il eût fallu dire encore que, pour pouvoir exercer une action modificatrice, cet événement *doit dépendre exclusivement de la volonté de celui* dont le droit doit être supprimé ou diminué ou dont l'obligation doit être accrue.

Si cette détermination n'est pas faite, de grandes erreurs, comme la solution de Göschel, ou d'autres (1), seront la conséquence de l'expression obscure de l'idée.

Les juristes français ont expliqué l'art. 1912 du Code

(1) Ainsi Brauer dit (*Erlaüterungen über den Code Nap. und die grossherzogl. badische Gezetzgebung*, I, 28) : Si, sous une législation qui considérait comme obligatoire l'entretien de l'enfant, les frais d'accouchement et le dédommagement à la fille-mère, une fille a été rendue grosse et si le Code Nap. a été introduit pendant la gestation, cette introduction dispenserait, non pas du paiement de l'indemnité due à la jeune fille, mais des frais d'accouchement et d'entretien de l'enfant en cas de non-reconnaissance : en effet, ces deux choses *ne dépendraient pas du fait de l'engrossement, mais de celui de la naissance*, qui serait ultérieure à la nouvelle législation. Déjà la première supposition est fausse, parce que les dispositions en question du Code Nap. sont complètement prohibitives et doivent pour cette raison, comme nous l'allons voir au paragraphe suivant, être immédiatement appliquées. D'un autre côté, l'obligation aux frais d'accouchement, etc..., doit subsister, car, une fois qu'il y a grossesse, l'accouchement ne peut plus être empêché par la volonté ; aussi, cette conclusion de Brauer, absolument conforme, du reste, au texte de la loi, est d'une inconséquence ridicule, mais, pour cette raison même, elle montre d'une façon très nette qu'il ne suffit pas que le fait survienne après la publication de la loi, s'il n'est pas un fait volontaire.

Nap., par ce même principe. Cet article ordonne que le débiteur d'une rente constituée en perpétuel soit contraint à la restitution du capital, s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années ou s'il néglige de fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat.

La novelle de Justinien déclare expressément (1) qu'il

(1) Nous profiterons ici de l'occasion offerte pour montrer que très souvent les écrivains en usent arbitrairement et étrangement avec les lois qui exigent une application immédiate. Tantôt ils font reconnaître au législateur que cette action immédiate (*vulgo* rétroaction) tient à la nature juridique de la cause. Et l'on ne peut rien objecter d'une manière générale à un pareil usage de la loi. D'autres fois ils présentent cette disposition expresse comme un acte par lequel le législateur reconnaît que, *sans* cette disposition spéciale, la loi *ne pourrait pas juridiquement agir immédiatement*, et que cette puissance doit lui être *exceptionnellement* accordée par une prescription supprimant la puissance des règles juridiques. Cette conclusion est chère à Bergmann et c'est sur elle que repose toute sa théorie. Mais il est aisé de voir combien est caduque une pareille conclusion. Le législateur peut très bien, précisément quand il est convaincu qu'une loi doit agir immédiatement en vertu de sa nature juridique, l'ordonner expressément, pour éviter les doutes possibles des juges, ou pour écarter les interprétations contradictoires et erronées. En règle générale, l'on ne saurait admettre que, quand le législateur prescrit la rétroaction — nous employons, pour être bref, cette expression inexacte — il agit *contrairement à l'idée qu'il se fait de ce qu'exige la nature juridique de la matière*. L'on peut simplement dire que le législateur, qui n'écrit pas de théorie, peut très bien penser que l'on ne doit pas rétroagir sur les contrats en général, mais que cette espèce particulière de contrat ou que l'effet particulier de celui-ci *exige*, d'après la nature juridique de la matière, la rétroaction. Alors, il pourrait même employer le terme « exceptionnellement » qui a ici un sens par opposition au domaine juridique dans son ensemble dont il fait partie (par exemple les contrats) et être convaincu que la disposition concrète qu'il prend *doit* et *peut* rétroagir d'après la nature juridique de la matière. Ainsi l'on ne pourra dire que très rarement et en s'appuyant sur des preuves particulières que le législateur agit contre ce qu'il *croit* être conforme au droit. Le rapport qui existe entre la novelle de Justinien qui contient expressément la prescription de la rétroaction et l'art. 1912 du Code civ.

importe peu que le contrat emphytéotique ait été conclu dans le passé ; de même la jurisprudence française, quoique l'art. 1912 du Code Nap., soit muet sur ce point, déduit très justement de la nature juridique de la matière qu'il est sans importance que le contrat de rente ait été conclu sous l'ancienne législation qui n'imposait pas au créancier cette obligation, pourvu que le non-paiement de la rente pendant deux ans ait eu lieu sous le régime du Code Napoléon (1). L'on décida, avec autant de raison, que l'art. 1977 du Code Nap., d'après lequel « celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix peut demander la résiliation du contrat, si le constituant ne lui donne pas les sécurités stipulées pour son exécution », est également applicable aux contrats de rente viagère constitüés avant la publication du Code Napoléon (2).

qui ne la contient pas, et qui pourtant est interprétée dans le même sens, nous prouve combien cette méthode de Bergmann manque de critique.

(1) Sont d'un avis contraire : PROUDHON, *Des Personnes*, I, 64 (éd. Valette) ; CHABOT, *Quest. trans.*, v° Rentes constituées, § 1 ; DURANTON, part. XVII, n° 615 ; Valette sur PROUDHON, l. I ; DEMOLOMBE, *Cours de Cod. civ.*, part. I, n° 55. Mais la majorité des juristes les plus importants représente le point de vue juste. Ainsi MERLIN, *Rep.*, v° Rente constituée, § 12, n° 3 et v° Effet rétroactif, sect. III, § 3, V, 576 sqq. ; DELVINCOURT, III, 413 ; TOULLIER, part. VI, n° 250 ; TROPLONG, *Du Prêt*, n° 485 ; DUVERGIER, n° 35 sqq. ; RICHELOT, *Principes de droit civil*, Ire part., n° 31. La jurisprudence des tribunaux est unanime sur ce point. Nous citerons les jugements des Cours d'appel de Poitiers du 27 déc. 1809, de Bordeaux (25 avril 1811), de Turin (3 mai 1811), de la Cour de cassation de Paris (6 juillet 1812, 4 nov. 1812, 10 nov. 1818, 25 nov. 1839). De même il y eut une lutte violente sur ce point dans la jurisprudence belge : elle fut enfin terminée par un arrêt judicieux de la Cour suprême de Bruxelles (v. jugem. du 5 mai 1820 et la *Pasicrisie belge* au jugem. du 16 mai 1823).

(2) Arrêt de la Cour d'appel de Riom, 4 août 1818 (*Sirey*, 19, 2, 37).

Mais la puissance de la lettre morte, danger qui guette le juriste à chaque pas, l'emporta ici (1).

Comme on avait bien résolu ces différents points, l'on décida, abusé par une similitude extérieure, que l'art. 1978 d'après lequel « le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée à demander le remboursement du capital », était également applicable à des contrats de rente conclus sous une loi qui avait autorisé le créancier à résoudre le contrat dans ce cas (2). Ainsi on enlevait un droit acquis par con-

(1) Malheureusement ou heureusement, il est totalement impossible d'enfermer la vérité dans une seule formule ! En voici une preuve certaine : la formule que nous avons donnée nous-même au § 1 — si on la prend à la lettre et non pas dans son sens spirituel — n'est pas confirmée par les cas examinés dans le présent paragraphe. Car les lois considérées ici appartiennent toutes à la catégorie de celles qui atteignent l'individu, par l'intermédiaire d'un acte de sa volonté anti-antérieur, il faut en convenir, et qui néanmoins l'atteignent à juste titre et sans qu'il y ait rétroaction. Ainsi, déjà ici notre formule est fausse, et pourtant on nous accordera que tout ce qui a été dit jusqu'à présent découle avec une nécessité rigoureuse de l'idée développée au § 1. Mais la formule, en tant que formule, peut et doit être fausse ici, car, en dehors de l'acte de volonté antérieur par l'intermédiaire duquel la nouvelle loi atteint l'individu, nous avons ici un nouvel acte de volonté individuel qui n'a lieu qu'après la publication de la loi, sans l'intermédiaire duquel la loi n'atteindrait *pas* l'individu et par l'accomplissement duquel l'individu se soumet librement aux conséquences de la nouvelle loi. De même, notre formule sera démentie dans le paragraphe suivant, quoique celui-ci ne soit également que la conséquence rigoureuse de l'*idée* renfermée dans cette formule. Si l'on doit donner une formule véritable pour la rétroactivité, on ne pourra donner que celle de l'*idée elle-même* : le libre arbitre individuel ne doit pas être violé. Mais ce n'est que l'ensemble de nos développements qui nous apprend ce que cette formule contient et ne contient pas.

(2) La Cour de cassation de Paris commit cette rétroaction flagrante dans ses arrêts du 18 déc. 1822 et du 17 juillet 1824, ainsi que la Cour d'appel de Bordeaux dans son arrêt du 19 août 1829. Une décision opposée — par conséquent la bonne — est celle de Chabot, *Quest. trans.*, v° Rentes viag., § 1er, II, 284, et la Cour

trat, stipulé tacitement qui avait été le motif et la condition présumée du contrat de rente viagère ou pouvait l'être, sans qu'il appartînt au libre arbitre de la personne atteinte de le maintenir (1).

L'on peut voir à présent par ce qui précède, ce qu'il en est des raisons fournies par la loi pour attaquer la validité

d'appel de Bordeaux (jugem. du 10 févr. 1807 et du 15 décembre 1812).

(1) Ce résultat erroné n'est pas surprenant si l'on lit par exemple le passage où Troplong motive son opinion *juste* sur l'art. 1912 (v. 205, note 1). Il dit : « De quoi s'agit-il? D'une cause de résolution naissant de *faits* d'exécution *postérieurs* au contrat (cette postériorité n'est pas suffisante) et qualifiés par la loi nouvelle. Or, l'exécution des contrats se règle par la loi vivante à l'époque où l'exécution est réclamée. » Dans sa généralité, cette dernière affirmation est aussi peu juste et des motifs aussi abstraits doivent nécessairement conduire aux résultats les plus faux, quoiqu'ils aient été donnés à propos d'articles de lois auxquels ils conviennent bien ; mais ils ne conviennent qu'en vertu d'autres raisons qui doivent être prises en considération et qui ont été omises ici.

Ce faux résultat devrait surprendre davantage quand on voit que, *sur ce point*, Merlin a donné déjà une formule *exacte* et *concrète*, la déduisant de ses conclusions sur l'art. 1912, avec une logique très sûre. Il se demande (*Rép.*, v° Effet retr., V, 582) si une loi qui introduit de nouveaux motifs de *résolution* peut agir sur des contrats antérieurs et répond : « *Non*, si ces faits dérivent de faits antérieurs à la loi nouvelle, *ou si*, lorsqu'ils sont *postérieurs, ils ne dépendent pas de la volonté de la partie contre laquelle* on voudrait provoquer la résolution. Oui, si elles dérivent de faits *à la fois* postérieurs à la nouvelle loi et *dépendant uniquement* de la volonté de cette partie. » On est étonné de voir développé ici le point de vue juste, sans qu'il exerçât durant 30 ans la moindre influence sur les juristes et tribunaux français ou allemands et les préservât des faux résultats : la raison en est que cette distinction exacte, faite par Merlin au sujet des « effets des contrats », est le produit de son instinct logique, mais n'est pas rattachée à sa propre théorie de la rétroactivité, qui, elle, est conforme aux théories habituelles ; aussi, comme il ne se représente pas la rétroactivité, dans son idée, comme une violation du libre arbitre individuel, sa distinction perd, par cet isolement où elle se trouve, sa véritable base et sa force démonstrative.

de certaines obligations. Weber (1) a sûrement tort quand il prétend que la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude et pour cause de survenance d'enfants ne doit pas être soumise à la loi en vigueur lors de la donation, mais à celle de l'époque où est déposée la plainte en révocation, parce que la donation est valable par elle-même et ne peut être infirmée que par une plainte spéciale. Meyer (2) a également tort quand il affirme que, dans de pareils cas, ce n'est pas la loi sous laquelle la donation a été faite qu'il faut considérer, mais celle de l'époque où est survenu l'événement ultérieur, qui peut être constitué par la plainte de révocation elle-même, car les parties n'auraient pas pu songer, au moment de la donation, à ces événements qui ne sont que des « conséquences *accidentelles* ». A coup sûr Savigny (3) a suffisamment réfuté ces affirmations et démontré leur fragilité, ainsi que leur manque de logique, que l'on a généralement reconnus (4). Mais Savigny a certainement tort quand il dit lui-même à ce propos (5) : « Révocation d'une donation pour cause d'ingratitude ou pour cause de survenance d'enfants. C'est l'époque de la donation et non l'époque de l'événement ultérieur et encore moins celle de la déposition de la plainte en révocation qui décide. » Cela est également faux, disons-nous ; ce ne sont pas des formules qui *pourront* nous conduire à la vérité. Au contraire, elles nous en éloignent. Ici il faut faire une double distinction. La révocation pour cause d'ingratitude et la révocation pour cause de survenance d'enfants ne sont pas de même nature. La première a lieu à la suite d'un acte libre de volonté fait par le donataire ; la deuxième est un événement survenu du côté du *donateur*. Dans un certain cas déterminé seulement, les deux motifs agissent de la même façon,

(1) Ouv. cit., p. 107.
(2) Ouv. cit., pp. 175, 177, 188 sqq.
(3) *System*, VIII, 438 sqq.
(4) Cf. Bornemann, ouv. cit., p. 25 sqq.
(5) Ouv. cit., p. 442.

comme nous le verrons ; voilà ce qui a amené à les considérer comme indistincts l'un de l'autre. Il y a une différence plus importante encore : les motifs de révocation sont-ils donnés par la loi lors de la donation et sont-ils *supprimés* par la nouvelle loi ? Ou n'existeraient-ils pas au moment de la donation et auraient-ils été introduits par la nouvelle loi ? Il est extrêmement surprenant que les juristes considèrent toujours et à peu d'exceptions près, ces deux sortes de changement de loi comme ayant un effet identique, non seulement dans ces cas, mais dans tous les cas analogues (1).

Cette méthode néfaste des formules a eu des résultats fâcheux ; elle est une cause *inévitable* d'erreurs, car, dans des cas trop nombreux, la différence constitutive réside précisément en ceci : est-ce la loi ancienne qui a accordé ce droit que la nouvelle loi va supprimer ? ce droit est-il au contraire introduit par la loi nouvelle ?

Considérons donc l'admissibilité des plaintes en révocation, d'après les distinctions qui viennent d'être faites. Si les motifs de révocation sont donnés par la loi sous laquelle la donation a été faite, ils agissent comme une *réserve* tacite du donateur, et pour cette raison il importe peu ici que la révocation soit fondée sur l'ingratitude ou sur la survenance d'enfants. Dans les deux cas le donateur s'est réservé contractuellement la révocation, au moyen de la disposition légale qui passe dans le contrat en qualité de condition tacite, et à laquelle le donataire s'est soumis. C'est seulement avec la perspective de cette révocabilité, au cas où il aurait des enfants ou bien au cas où le donataire lui témoignerait de l'ingratitude, que le donateur a fait un don. Il ne *peut*, tout au moins, avoir fait ce don qu'en considération de cette garantie : en l'absence de celle-ci, peut-être n'aurait-il rien donné ou s'y serait-il pris d'une façon différente. Comment alors serait-il possible, sans dénaturer

(1) Cf. par exemple l'admissibilité de la preuve testimoniale.

son acte, et par conséquent sans violer sa volonté par une rétroaction, de le dépouiller de ces réserves contractuelles, parce qu'une nouvelle loi ne leur reconnaît plus de valeur si elles n'ont pas été l'objet d'une convention spéciale ?

Il n'en est pas de même si la loi, lors de la donation, ne connaissait pas les motifs de révocation introduits seulement par une nouvelle loi. Ici, il faut distinguer le cas où la révocation est basée sur la survenance d'enfants de celui où elle l'est sur l'ingratitude. Dans le premier cas la loi ne peut aucunement être appliquée. Il a été fait au donataire une donation *irrévocable* et il l'a *acceptée* comme telle. Si elle avait été révocable, peut-être ne l'aurait-il pas acceptée du tout, et ne se serait pas exposé, par exemple, après une augmentation de sa fortune qui a pu le déterminer à changer son genre de vie ou à abandonner, à changer son genre d'affaires, à la nécessité de rendre éventuellement dans la suite cette fortune et à se trouver par ce fait dans une situation plus mauvaise que celle où il se trouvait avant l'acceptation du don. Ici donc le donataire a à souffrir de la violence faite à sa volonté et de la rétroaction.

Mais il en est autrement quand la révocation est fondée sur l'ingratitude (naturellement dans la mesure où les actes d'ingratitude ne sont pas antérieurs à la nouvelle loi). Si le donataire ne peut pas empêcher la naissance d'enfants chez le donateur, il dépend de sa volonté de ne pas commettre à partir de la publication de cette loi des actes d'ingratitude. S'il en commet néanmoins, il se soumet *librement* à des conséquences qu'il connaît, que la nouvelle loi attache à de pareils actes et a, de ce fait, *renoncé* de lui-même à l'irrévocabilité de la donation. Comme il dépendait de lui de maintenir celle-ci, comment peut-il se plaindre de violence faite à sa volonté et par conséquent de rétroaction ? Que lui a enlevé la nouvelle loi ? Non pas encore l'objet de la donation — mais simplement un *droit à l'ingratitude*. Mais un semblable droit n'existe pas ; il peut encore moins

être un droit *acquis*. Si l'on voulait aller très loin, on pourrait dire qu'il a été privé d'un pouvoir légal d'accomplir de certains actes. Mais de semblables pouvoirs légaux abstraits doivent, d'après la théorie juridique admise, être immédiatement modifiés par les lois nouvelles.

§ 7. — *Lois absolues. Action conceptuelle sur les droits acquis. Suppression avec ou sans dédommagement.*

Le principe conceptuel de la différence. Exemples. Lois françaises et prussiennes. L'exemption de l'impôt foncier. Les deux classes de lois absolues et leur différence conceptuelle. Lois d'usure ; lex commissoria. La théorie des Pandectes.

L'individu ne peut, par ses actes, par un contrat unilatéral ou bilatéral, s'assurer des droits, à lui-même et à d'autres personnes, que si *les lois existantes le permettent et dans la mesure où elles le permettent*.

On s'étonnera de rencontrer dans un ouvrage de droit savant une proposition aussi élémentaire qui ne présente aucune difficulté.

Et pourtant, c'est pour n'avoir pas tenu compte de cette simple proposition élémentaire et des conséquences qu'elle comporte, que l'on s'est préparé d'innombrables difficultés, et que l'on est tombé dans un aussi grand nombre de graves erreurs en voulant résoudre les dites difficultés.

Car, dans cette proposition est déjà impliqué le corollaire suivant : l'individu ne peut s'assurer des droits à lui et à autrui que *dans la limite et pour la durée* où les lois existantes considèrent la teneur de ces droits comme *licite*.

En d'autres termes : nous sommes ici en présence de la raison rationnelle de l'action suppressive, mais non rétroactive, *des lois* (1) *prohibitives* ou *cogentes* sur des *con-*

(1) Savigny les a très justement dénommées *lois absolues*, nom

trats antérieurs. Notre tâche présente consistera à démontrer la légitimité de cette action, à en tracer les limites conceptuelles et à exposer dans quelle mesure elle s'accorde avec notre théorie du *libre arbitre individuel*.

Cette légitimité et — conséquemment — la non violation de l'idée du libre arbitre juridique est prouvée par la seule proposition suivante, que nous allons immédiatement justifier : *la pensée doit ajouter, dès le début*, une *clause tacite à tout contrat*, d'après laquelle le droit stipulé pour l'individu ou pour d'autres personnes ne *devra être valide qu'aussi longtemps que la législation considérera un semblable droit comme admissible*.

Et cette clause doit d'autant plus être ajoutée à chaque contrat, comme un acte de volonté des contractants, qu'une volonté *opposée* de ceux-ci serait *illégitime* et *invalide*.

La raison en est simple. La source unique du droit est la conscience commune de tout le peuple, l'esprit général. Depuis Hegel cette proposition a une base théorique si solide qu'elle n'a pas besoin d'être démontrée à nouveau. Depuis Savigny (1) elle est si familière aux juristes positifs que nous n'avons pas à redouter leur contradiction. Savigny a seulement négligé d'en tirer la conséquence extrême nécessaire ici. Cette conséquence rigoureusement logique et nécessaire est la suivante : il est *juridiquement impossible* à l'individu de renoncer à *participer* à cette substance unique du droit, de rompre les liens qui l'unissent à elle et de s'affirmer malgré elle. Une semblable *intention* de l'individu, loin d'avoir rien de commun avec le droit (comme nous l'avons déjà vu à propos de la rétroactivité § 1) constituerait l'*injustice absolue, de supprimer l'idée de droit*

sous lequel sont réunies toutes les lois qui échappent aux contrats de la volonté privée ; il appelle lois de transaction celles dont le libre arbitre privé a le droit de s'écarter.

(1) Et précisément à propos de notre matière il rappelle cette proposition (VIII, 533) : « Le droit a sa racine dans la conscience commune du peuple », et p. 539, « sans néanmoins la développer en ses conséquences. »

elle-même. Car celle-ci ne réside précisément qu'en cette *communauté* ; elle consiste uniquement dans ce fait que ce qui constitue à chaque époque la teneur de la conscience générale *existe* aussi pour *tous les individus en particulier*.

L'intention d'affirmer un droit, par le fait de l'*acquérir* contre une forme ultérieure de la conscience juridique publique *excluant* ce droit, et, par conséquent, de se maintenir à l'écart de cette conscience et de son évolution dans l'isolement d'un moi gravitant autour de lui-même, serait une intention qui se contredirait et serait pour cette raison impossible. En effet, dans un même acte, elle poserait la *communauté* avec la conscience juridique en même temps que l'*éloignement* de celle-ci. Car le droit qui va être acquis a comme dernier et véritable titre à sa validité, non pas la loi déterminée qui l'autorise, mais la *source* même d'où découle cette loi, la conscience générale du peuple elle-même. De même, pendant qu'un droit est en vigueur, il n'a de valeur qu'en vertu de sa conformité avec cette essence de tout droit. Acquérir un droit et vouloir le conserver pour un temps où la conscience générale *ne* considérera *plus* ce droit comme admis et licite, c'est *affirmer* et *nier*, *invoquer* et *exclure*, au même moment, le titre juridique *en vertu duquel* on acquiert, qui est la conformité avec la conscience générale.

Aussi, un individu ne peut jamais vouloir se soustraire, par l'*acquisition* d'un droit, à l'action de la conscience juridique générale. Cela serait tout au plus possible, sans contradiction logique, par la *non acquisition* ; et, *seul* pourrait échapper à cette action, si cela était seulement concevable, l'individu qui ne voudrait, ni *actuellement*, ni *jamais*, *acquérir*, ni *exercer*, ni *posséder aucun droit*. Car *acquérir* un droit, c'est, de la part de l'individu, poser la conscience publique comme *valable* et *obligatoire* pour celui qui agit, et les droits non acquis ne sont, comme nous l'avons déjà dit, que des capacités conférées par la loi et soumises aux fluctuations, même non prohibitives, de celle-ci.

Ainsi un individu ne peut *a priori* stipuler un droit par contrat, que pour le temps où les lois reconnaîtront la validité de ce droit.

Rien ne serait changé à ce qui vient d'être dit, s'il arrivait qu'une loi permît *in æternum* et expressément aux individus de s'assurer un droit déterminé contre tout changement futur et prohibitif de la législation. — Une semblable loi ne pourrait naturellement revendiquer une *durée* plus longue que celle de toute autre loi, c'est-à-dire une durée supérieure à celle de sa validité légale. Une telle loi, issue d'une conception erronée de la nature intime et éternelle de tout droit, disparaîtrait naturellement d'elle-même et devrait rester sans effet, dès que l'on se serait fait une idée plus juste du droit, qui est la réalisation constante de la raison générale de chaque époque. Même si l'individu rendait sien par un acte de volonté ce droit concédé par la *loi* (§ 3) elle ne saurait durer plus longtemps qu'une *autre* loi, c'est-à-dire au-delà du moment où sa validité serait *prohibée* et *exclue* par une législation qui comprendrait la nature véritable du droit.

Donc l'individu, ne peut pas planter, en quelque sorte, une pièce dans le terrain juridique ; et par là se déclarer souverain et abrité contre toutes les lois futures, cogentes ou prohibitives (1). Car on ne demande *rien moins qu'une souveraineté individuelle* en demandant qu'un droit acquis persiste encore à une époque où des lois prohibitives excluront son admissibilité.

Une loi en vigueur à une certaine époque représente une teneur juridique licite. L'individu peut l'acquérir, c'est-à-dire la rendre sienne et prétendre que cette teneur juridique subsiste pour lui, *aussi longtemps* que la législation, *quelle qu'elle soit*, lui permet d'exister et d'être acquise. Mais ce qui n'est pas permis à l'individu, c'est de procla-

(1) Nous avons déjà remarqué que, sous ce nom, nous comprenons avec Savigny toutes celles dont le libre arbitre privé ne saurait s'écarter.

mer que la loi en vigueur à une certaine époque doit subsister pour lui et le régir *à toutes les époques*, en dépit de toutes les lois *exclusives* ultérieures. Agir de la sorte, signifie, en langage logique, vouloir s'instituer son *propre législateur*, vouloir, de son autorité privée, conserver à une loi son caractère nécessaire et obligatoire à une époque où des lois prohibitives excluent cette teneur juridique. Ainsi, au regard de la logique, cette prétention est absurde ; elle est la négation de l'*idée même du droit*, elle est la rupture illégale et immorale de tout lien avec la substance unique de tout droit, la conscience générale.

C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'affirmation bien connue : il n'y a pas de droit contre le droit. Cela équivaut à dire que tout droit est soumis aux fluctuations de la substance juridique dont il est issu et dans laquelle plongent ses racines.

Quoique les difficultés que soulève si fréquemment l'application de lois prohibitives ultérieures de toute nature (1) se résolvent simplement et sans difficulté ; quoique le présent développement soit fondé sur les déductions les plus intimes de l'idée de droit que s'est faite toute la philosophie moderne, (2) il ne s'en manifeste pas moins, en vertu de sa nature logique, dans toutes les décisions des anciens juristes romains qui ne l'ont jamais méconnu.

D'après ce qui vient d'être dit, nous pouvons tout d'abord constater combien peu fondées et illégales sont les clameurs intéressées et étourdissantes que poussent à toutes les époques les ayant-droit, lorsque, poursuivant son évolu-

(1) Nous ferons remarquer que, comme l'indiquent déjà clairement les expressions que nous employons, nous ne parlons ici que de lois prohibitives *matérielles* et non pas de celles qui concernent la *forme* des actions. Voir ce qui est dit au cours du présent paragraphe au sujet des deux espèces de lois prohibitives.

(2) V. par ex. FICHTE, *Gesammte Werke*, VIII, 560 : « Or, l'homme ne peut rien promettre, ne s'obliger à rien qui soit contraire à sa détermination. — Au fond il n'y a, selon moi, aucun contrat qui vaille en dehors de ceux qu'exige le droit. »

tion, l'esprit public en arrive à *exclure désormais* la persistance d'un droit antérieur, comme le servage, le vasselage, les corvées et les droits banaux, les services et redevances de nature déterminée, le droit de chasse, l'exemption de l'impôt foncier, la succession par fideicommis.

Comme nous l'avons vu, il ne saurait être question, dans tous ces cas, de rétroaction, d'une *violation quelconque des droits acquis*.

Il nous faut ici nous arrêter provisoirement et jeter un coup d'œil sur les rapports qui existent entre la théorie que nous venons de déduire avec une rigueur absolue de l'idée du libre arbitre individuel et la doctrine philosophique de M. Stahl, ce panégyriste d'un monde sur son déclin, (quoique les arguments définitifs en faveur des affirmations du début du présent paragraphe, comme leur profonde conformité avec l'idée établie au § 1, dont découlent tous nos développements ultérieurs, apparaîtront d'une façon plus nette encore et plus *rigoureusement systématique* dans la suite du présent paragraphe ainsi qu'au § 10 (cf. aussi § 15).

Le néo-platonicien moderne Stahl, au début de sa théorie sur les *droits acquis* (*Philosophie des Rechts*, 3e éd., IIe vol. §§ 15-18, p. 336-43) définit ceux-ci des droits qui « supposent des actions ou des *événements* ou des *situations déterminés* » (p. 336). La garantie des droits acquis sera donc basée sur ce fait, que la personne est un *sujet agissant* et qu'il est de l'essence d'une personne *d'agir dans l'intérêt de sa propre situation* et *d'être assuré de cette situation*, que, par conséquent, la situation juridique d'un homme n'est pas seulement le résultat de *son idée en tant que personnalité*, mais doit être en partie son *œuvre propre*, le *résultat de ses propres actes*, ou, le cas échéant, des *actes d'autrui*; en effet, si cette situation que l'homme s'est faite lui-même n'était pas reconnue, il cesserait d'être la « cause de lui-même »; c'est pourquoi la situation que l'homme s'est créée conformément à l'ordre existant (légalement) ou a *acquise* par *certains événements* « et qui est le *prolongement* de lui-

même ne saurait lui être retirée. Autrement on ne le traiterait pas véritablement comme une *personne*, mais *comme une idée* ou un objet *produisant nécessairement certains effets.* » En insistant sur ce « que la personne est un sujet agissant et doit être en conséquence la cause de sa propre situation, on met en avant l'*idée du libre arbitre individuel.* Mais nous sommes le premier à avoir véritablement reconnu cette idée et à l'avoir développée conceptuellement, en montrant que toute annihilation ou violation d'une acte de volonté individuelle dénature la *connaissance* et la *volonté* du sujet et tuerait l'idée de l'*esprit*, de la *liberté*, de la *responsabilité* de ce sujet, ferait de l'*esprit* une *chose*; que, par conséquent, l'idée des droits acquis n'est également fondée que sur l'*idée* de l'homme, et que, si ce dernier est protégé dans ses droits acquis, il n'est traité que comme une *idée* déterminée, *produisant nécessairement certains effets.* Aussi M. Stahl (1) se donne une peine inutile et non justifiée pour démontrer que l'homme ne doit pas être traité *d'après son idée* et pour trouver en l'air quelque principe sur lequel il voudrait asseoir la *garantie* des droits acquis.

(1) M. Stahl revient de nouveau sur ce point dans une note où il dit : « Cette erreur — la non-reconnaissance de droits acquis — se rattache très étroitement au principe rationaliste qui ne *reconnaît* que ce qui s'enchaîne logiquement, et *exclut* tout ce qui résulte de la *personnalité*, de la *liberté*, de l'*action*. » C'est pour cette raison que Hegel, comme le montrent ses écrits sur les états wurtembergeois, le bill de réforme anglais, etc., n'a rien compris aux droits acquis. Mais cette opposition telle qu'elle est présentée, n'est pas à vrai dire une opposition. Car ce qui est réellement fondé par la *personnalité*, la *liberté*, l'*action*, est en même temps ce qui *résulte logiquement*, ce qui résulte de l'*idée logique de l'esprit du sujet*, comme nous l'avons démontré et le démontrerons encore jusqu'à la pleine évidence, dans nos développements qui ont pour point de départ l'idée de la liberté subjective. Mais les attaques de M. Stahl contre l'idée ont une raison plus profonde, car lorsque l'on part de l'*idée* et de la *liberté conceptuelle* du sujet, le saut dans l'*arbitraire individuel* du monde féodal germanique et le maintien de ses institutions pétrifiées n'est plus possible en regard de l'*évolution* du concept historique.

Ces attaques contre l'idée ne se justifient *subjectivement* que parce que M. Stahl, dans la plus lamentable confusion d'idées, laisse dès le début, sommeiller paisiblement côte à côte des affirmations diamétralement opposées. Ainsi dans le passage sur les droits acquis que nous venons de citer, M. Stahl les définit des droits qui supposent certaines *actions*, certains *événements* et *situations*, et il omet totalement que ces deux facteurs, d'une part les *actions*, d'autre part les *événements* et les *situations* sont, précisément sur *le point* d'où doit découler la garantie des droits acquis, nettement opposés l'un à l'autre. Car, si cette garantie doit être basée sur le fait que la personne est la « cause de sa propre situation », est un « sujet agissant », que « sa situation doit être son *œuvre* », cette raison ne peut être invoquée que pour les *actions individuelles propres de l'individu*, mais non pour ce qu'il tient d'événements et de situations objectives, parce que ces événements et ces situations n'ont pas leur *cause dans le sujet agissant* et que ce sujet ne serait pas lésé si on lui retirait des choses qu'il n'a pas acquises par lui-même.

Si l'on pouvait acquérir un droit à la suite d'un simple *événement*, d'une simple *situation*, l'on devrait *exclusivement* en acquérir au moyen des actions de *tierces personnes* (par exemple par une donation avant l'acceptation, par un dommage subi qui représente un *état passif* où n'intervient pas la volonté); M. Stahl lui-même dit expressément que la situation juridique de l'homme est en partie son « œuvre propre, le résultat de ses *actes* et le cas échéant des actes d'autrui ».

Et même les droits conférés simplement par la *loi* devraient être acquis au même titre. Car, naître sous une loi déterminée, c'est aussi une *situation* ; la publication d'une loi pendant ma vie est un *événement* qui me donne des droits. Il n'y a également aucune différence, d'après l'idée, pour le point dont il est ici question, entre les actes de *tierces personnes* et ceux du peuple *tout entier* — qui publie les lois. — Car *tous les* individus pris dans leur *tota-*

lité — (le peuple tout entier) — ne sont *certainement pas* plus ÉTRANGERS à l'individu (ils le sont moins en vertu de la communauté spirituelle) que *telle* ou *telle tierce personne.*

Si donc une théorie veut partir véritablement, comme la présente, de l'*idée du libre arbitre individuel*, elle doit avant tout *opposer* à celui-ci l'acte de *tierces* personnes et l'action des lois, qui découlent aussi peu l'un que l'autre d'un *acte de volonté propre* de l'individu, et ne considérer comme droit acquis que le résultat de l'action individuelle *propre.*

Une semblable théorie doit ensuite montrer, comme nous l'avons fait au § 2 A-E que les droits découlant du droit successoral, du *quasi-contrat*, de la *negotiorum gestio*, de la prescription et de l'usucapion (cf. § 9, sur la propriété) ne résultent qu'en *apparence* des actions de *tierces* personnes, d'accidents, d'événements, mais qu'en réalité, d'après leur nature *conceptuelle*, ils sont bien acquis par un *acte de volonté propre* de l'individu qui en jouit. Nous aurions même refusé au *droit successoral* la qualité de droit acquis — ce qui eût été à juste titre pour le sens juridique sain la meilleure preuve contre notre théorie — si, sous un examen approfondi de son idée, il n'avait dépouillé pour nous son apparence matérielle et ne s'était montré comme un acte propre de la volonté individuelle, (v. § 2, A et vol. II). Même les droits que l'individu tient du dol, de l'erreur et de la violence ont dû être ramenés à des droits produits par l'acte de volonté propre, pour que l'individu ne parût pas tenir des droits *acquis* d'actions de tierces personnes ou de ses propres actions qui ne sont néanmoins pas le *produit de son libre arbitre* (actions non voulues) (§ 2 B).

Si l'analyse de ces différentes institutions était une nécessité *théorique* qui nous permettait de faire du libre arbitre individuel la loi qui régit la matière, l'importance *pratique* de cette opposition apparaît à présent dans ce fait que, par son strict maintien, on s'évite de confondre les droits

issus seulement d'événements ou d'actes de tierces personnes (ainsi par exemple § 5 le droit d'opposition ; les différences dans la révocation des actes de donation au § 6, les obligations provenant des délits, v. III, applications n° III; les différences dans le droit successoral) avec les droits acquis. Et, de même que cette *opposition* explique pourquoi les événements, les actions de tierces personnes et la *loi* doivent être mises sur la même ligne en face de l'acte de volonté individuelle, de même elle explique pourquoi les droits conférés par la loi seule ne peuvent jamais être des droits acquis. Mais comme M. Stahl considère, dès le début, d'une façon ingénue, les droits fondés sur des actes individuels et ceux qui sont fondés sur des événements, des situations ou des actions de tierces personnes, comme *identiques*, au lieu de les considérer comme opposés, et les traite tous comme des droits acquis, il s'ensuit d'abord tout naturellement que ce qu'il considère comme la cause de la garantie dont jouissent les droits acquis — pour lui la personne est un *sujet agissant* — ne concorde *aucunement* avec ce qu'il dit et affirme ici, et n'est que de la phraséologie. Si cette identification des contraires n'est pas intentionnelle, elle dénote dans un ouvrage philosophique l'absence de réflexion théorique la plus élémentaire; si elle est intentionnelle, elle constitue un sophisme qui blesse le bon sens.

Nous venons de dire qu'en mettant sur la même ligne les actes individuels, les événements, les situations, les actions des tiers, on en arrive logiquement à faire des droits conférés par la loi — parce que, pour l'individu, ils sont sur la même ligne que les premiers — des *droits acquis*. Cette conséquence se dégage immédiatement chez M. Stahl, et, d'après ce qui suit, l'on ne saurait douter que ce ne soit là son véritable sens. Ainsi, il dit déjà à la page suivante que, de même que l'homme a fondé sa situation juridique conformément à l'ordre existant, ou l'a *gagnée* par des *événements*, de même cette situation, en tant qu'extension de lui-même, ne peut lui être *retirée*. Mais parmi ces « *événe-*

ments » par lesquels une situation juridique est acquise, doit absolument figurer la publication d'une *loi* qui, par sa seule action, m'accorde une situation juridique déterminée; et ainsi nous nous acheminerons de plus en plus vers la conséquence suivante : les droits transmis par la seule loi elle-même sont définitifs et les changements ultérieurs des lois ne peuvent pas les entamer.

Et, en effet, on lit encore à la même page : « Le fait de ne pas reconnaître des droits acquis enlève à l'homme le caractère d'une cause par soi, la garantie de ses droits ; il ne lui laisse que ce que les autres hommes considèrent à tout moment comme son droit, mais non *ce qui est son droit d'après un ordre objectif non équivoque*.. » Ainsi, tandis que plus haut, on avait l'air, en paroles, de partir du « sujet agissant », on en arrive ici à la canonisation de « l'*ordre objectif* » *existant*, qui doit à présent, avec tous les droits qui découlent de lui, *constituer le droit acquis de la personne !*

Et alors l'on ne s'étonnera plus de lire à la page suivante (p. 338) : « *Des situations politiques s'acquièrent également comme droits* de la même façon. A ce propos, Stahl rappelle la pairie anglaise. Comme les « situations politiques » ne sont toujours que des qualités générales conférées par la loi elle-même — Stahl définit ici la pairie la *forme* individuelle historique d'une *situation organique* ayant son fondement *dans l'essence de l'Etat* — il apparaît ici, de la façon la plus nette, que même les droits conférés par la loi seule, que la société accorde à l'individu (v. § 1) constituent, d'après M. Stahl, des *droits acquis ;* et ainsi, les phrases sur le « sujet agissant » finissent par exprimer exactement le contraire de ce qu'elles signifient.

Comme M. Stahl ne part pas du concept véritable de l'esprit subjectif, il ne peut naturellement pas arriver davantage à la conséquence développée dans le présent paragraphe, qui est l'action légitime des lois prohibitives sur des droits réellement acquis par un acte de volonté individuelle. Comme nous l'avons déjà montré au début du présent paragraphe

et le montrerons encore de plus près dans la suite et aux §§ 10 et 13, cette conséquence se dégage exclusivement du concept philosophique de l'esprit subjectif et du rapport qui en dérive entre la volonté de l'individu et sa propre substance, l'esprit général.

Ainsi, pour M. Stahl, la fameuse nuit du 4 août 1789 a introduit en Europe l'injustice ; elle est, selon lui, la « Saint-Barthélemy de la propriété » (p. 341). D'après lui (p. 338), « même si le régime juridique d'après lequel ces droits et ces inégalités politiques avaient pu se produire n'était ni parfait, ni même convenable, les droits, une fois qu'ils sont nés légitimement » (1), doivent être respectés et protégés en vertu du *droit de la personne* (!!)

Cela est notamment vrai, poursuit M. Stahl, pour les droits appelés *féodaux*. Il ne s'agit pas de savoir s'ils conviennent au Moyen Age ou à notre époque. Cette question est discutable et les avis seront différents au sujet des différents droits. Sans aucun doute ils étaient légitimes au Moyen Age et par ce fait ils équivalent à tous les autres droits acquis : aucune époque n'a mission de juger le passé et de reconnaître ou de supprimer les droits qui en proviennent selon l'idée qu'elle se fait de leur convenance.

Il est très juste qu'aucune époque n'est appelée à prononcer son arrêt sur le passé : nous en sommes profondément convaincu et nous démontrerons au cours du présent paragraphe, ainsi qu'au § 10, quelles distinctions aussi bien conceptuelles que juridiques découlent de ce fait, et comment le *passé* doit toujours rester sous le régime de son droit. Mais la conséquence que M. Stahl veut tirer de là n'est pas possible. Car cette *autonomie* qu'il accorde à toute époque exige nécessairement qu'*aucune époque* ne soit soumise à l'empire d'une autre époque et ne puisse être obligée légalement à *laisser persister en elle-même* ce qui est

(1) Cela s'applique également à tous les droits simplement légaux. Car la « naissance légitime » de ceux-ci pour l'individu auquel la loi les attribue ne saurait être contestée.

contraire à sa conscience du droit, ce qu'elle considère comme la négation de ce droit. Si le *présent* était de la sorte soumis au droit du passé, il ne serait point vrai que chaque époque est autonome ; et si l'on pouvait admettre en principe qu'une époque peut être régie par le droit du passé, l'idée contraire de soumettre le passé au droit du *présent* plus fort et plus civilisé, et de bouleverser d'une façon illégalement rétroactive ce passé, de déclarer par conséquent que les actions inadmissibles et illégales d'après la conscience juridique *moderne* étaient déjà inadmissibles et contraires au droit, dans le passé, aurait la même valeur conceptuelle et juridique ; en sorte que les « communistes » que M. Stahl combat (p. 338) n'auraient pas de raison pour répudier les conséquences de sa doctrine.

Ainsi, avec sa conception des droits acquis, M. Stahl est obligé de considérer toute situation juridique une fois existante comme un droit acquis et de la déclarer inviolable ; et comme on l'a vu, c'est ce qu'il fait réellement ! Mais ce n'est pas seulement l'attachement sérieux à la philosophie moderne qui a des suites inévitables : il n'est même pas possible de vivre en coquetterie avec elle sans avoir à en souffrir dans son âme. Et M. Stahl a eu trop de cette coquetterie pour pouvoir échapper à ces suites. Au lieu donc de s'en tenir à la canonisation de toute situation juridique une fois acquise, au lieu de reconnaître la théorie Hallérienne de l'individu isolé dans sa souveraineté (voir plus haut) qui considère tout droit une fois acquis comme à jamais inviolable et qui constitue en réalité l'idée fondamentale de Stahl, celui-ci rejette expressément cette théorie (p. 343) en la déclarant « exagérée et inapplicable ». Et voici comment il s'exprime à ce sujet au § 16 : « La validité des droits acquis, *comme toute liberté et toute action humaines*, a néanmoins une *limite*, constituée par ce que l'idée de la collectivité et de l'ordre juridique, ou de leur progrès naturel, exige ou exclut avec une *nécessité indéniable.* »

Ainsi, après avoir affirmé que la persistance de droits acquis à une époque antérieure ne saurait dépendre de leur

conformité avec la conscience juridique du présent, on nous apprend brusquement que cette persistance a une limite, et l'on nous indique, à ce qu'il semble, le principe stable de cette limite. Nous allons voir sur quelles confusions d'idées et sur quel amas de principes abstrus et insoutenables repose cette limite d'apparence stable.

Tout d'abord il faut nous mettre en garde, dans un pur intérêt philosophique, contre cette confusion qui veut que la « *liberté* humaine ait une limite et que la validité limitée des droits acquis tienne à cette limite de la *liberté*. *L'idée de liberté* n'a aucune limite, *attendu que tout* ce qui dérive d'elle est valable, et que ce qui pourrait par erreur être pris pour sa limite, est au contraire son affirmation, sa manifestation positive. Une limite à l'idée de liberté peut d'autant moins découler de l'idée de *collectivité* que ces deux idées s'identifient et la *collectivité* n'est que la *réalisation de l'idée de liberté*. Ce n'est donc pas la *liberté*, mais, chose nettement différente, l'*arbitraire individuel* qui a une limite; cette limite lui est précisément imposée par la *liberté humaine positive et substantielle* et c'est de cette *liberté elle-même*, non de sa limite, que découle la limite de la durée des droits acquis. Nous verrons en effet, au cours du présent paragraphe, que si des lois prohibitives sont publiées, elles ne reposent jamais que sur ce fait qu'une partie de la liberté humaine (appelée libre arbitre individuel même par les juristes), considérée auparavant comme *aliénable*, est considérée à présent comme *liberté inaliénable* de l'homme, et ne saurait plus, pour cette raison, devenir ou demeurer la *propriété d'un tiers*. La suppression, qui en résulte, des droits acquis par moi, sur les droits inaliénables à la liberté d'un autre individu, repose donc sur une *augmentation* et une *extension positives de l'idée de liberté humaine* et ne *limite qu'en faveur* de celle-ci le pouvoir dont disposait le libre arbitre individuel de traiter plus longtemps encore comme une chose aliénable ce qui, à la suite des progrès réalisés par la conscience juridique, n'apparaît plus comme appartenant au domaine de l'arbitraire privé et comme sou-

mis à celui-ci, mais comme découlant de l'idée de liberté humaine.

Mais, abstraction faite des exigences supérieures de la théorie, l'on peut faire à cette prétendue limitation de M. Stahl une objection d'une importance capitale au point de vue philosophique, juridique et pratique. D'après M. Stahl, la limite de la validité des droits acquis est constituée par « ce que l'*idée de l'état* public et de l'ordre juridique ou leur développement naturel exige ou exclut avec une *nécessité indéniable* ».

Ce n'est pas là répondre le moins du monde à la question, car à présent celle-ci se pose de nouveau sous une autre forme : *Où* y a-t-il *nécessité indéniable* pour la collectivité? *Qu'est-ce* qui est nécessaire? Jusqu'à présent tous les hommes ou tous les partis, en réclamant la suppression de droits acquis, ont toujours prétendu que cette suppression était *nécessaire*. Aussi longtemps donc que M. Stahl ne nous donnera pas un critère scientifique, il ne nous apprendra rien et ne fera que répondre à la question par la question elle-même. Quand on voudra publier une loi, on n'aura plus d'autre ressource que d'appeler M. Stahl et qu'à lui demander son royal avis. Mais, comme cela ne sera pas toujours possible, on en sera finalement réduit à juger de la *nécessité* d'après le *besoin pratique* et l'*opinion subjective*. Et ainsi la philosophie du droit tombe brusquement du haut de son cothurne scientifique dans la catégorie la plus vulgaire du besoin ordinaire.

Il ne doit pas y avoir ici de malentendu. Nous n'exigeons naturellement pas que M. Stahl nous indique *en détail tout ce qui sera nécessaire* à toutes les époques futures. Mais nous exigeons positivement qu'il nous indique un *critère formel* pour juger *où* il y a et *où il n'y a pas* nécessité.

Quiconque est incapable de développer cette loi, n'a fait qu'exprimer une proposition tautologique et ne doit point écrire une philosophie du droit. Car celle-ci se propose précisément de *démontrer scientifiquement où* et *quand* l'abolition de droits existants est *nécessaire* et, en outre,

de déduire cette nécessité et son critère conceptuel général de l'*idée du droit elle-même*. Et par là seulement la nécessité, qui jusqu'alors était un *simple phénomène matériel* s'opposant au droit, est érigée en *catégorie du droit*.

Nous avons déjà démontré dans le présent paragraphe que, en vertu de la *nature juridique* de la volonté individuelle, les lois prohibitives qui abolissent un droit existant *ne représentent pas une nécessité matérielle s'opposant au droit*, mais constituent une *nécessité spirituelle*, *déterminée d'avance* et inhérente au droit et à la volonté.

Néanmoins hâtons-nous de remarquer que nous n'avons pas encore développé la loi conceptuelle qui nous fournira un *critère* pour reconnaître et juger *la nécessité* et *la légitimité* de semblables lois, *à toutes les époques*. Ce développement, on le trouvera plus loin, dans le présent paragraphe ; il se déduira tout naturellement de l'examen approfondi des lois prohibitives et de la distinction dont elles seront l'objet.

Mais M. Stahl, dont la doctrine, dépouillée de ses ornements phraséologiques, peut se résumer en ces mots : il est nécessaire que des droits acquis subsistent, quand il n'est pas nécessaire (1) de les abolir dans l'intérêt public — affir-

(1) Est *nécessaire*, ce qui ne *peut pas être autrement*. Lors donc que M. Stahl dit : « Les droits acquis ne peuvent être abolis dans l'intérêt général que quand cela est *incontestablement nécessaire* », il proclame très spirituellement : « qu'ils *peuvent* être abolis si l'on ne *peut pas* faire autrement que de les abolir ». — Voilà qui avance beaucoup la discussion ! D'autre part, abstraction faite de ce bavardage tautologique, même si l'on nous indiquait, d'une façon précise, tout ce qui est et sera nécessaire, nous dirions : La nécessité n'est pas par elle-même une catégorie du droit ; comme l'effet et la cause, etc... elle est une *catégorie logique*, la désignation d'un enchaînement déterminé de *rapports matériels*. La question est donc, à présent, la suivante : comment et dans quels cas un enchaînement déterminé de *rapports matériels* (ou une catégorie de l'*idée logique pure*) arrive-t-il à jouer un rôle dans l'idée de *la liberté de penser et de vouloir du sujet*, *sans la violer*, bien plus, *en tant que découlant* de celle-ci ! C'est par là seulement que la nécessité devient une ca-

mation que personne n'oserait faire dans le manuel de droit le plus élémentaire — a renoncé dans cette tautologie vide de sens à toute détermination scientifique de son objet. Il ne change rien à la chose en se référant à l'intérêt général — à l'idée de collectivité — car jamais personne n'a songé à réclamer l'abolition de droits existants pour une raison autre que l'intérêt général, et la question est précisément de savoir où et quand l'on peut réclamer légitimement une pareille abolition dans l'intérêt général ; cette *légitimité*, M. Stahl la fait dépendre exclusivement de sa *nécessité* sans préciser celle-ci en aucune façon. Mais des représentations aussi vagues sont naturellement incapables de nous indiquer une limite : et alors, il va de soi que la porte est de nouveau large ouverte à tous les excès jacobins (quoique ce ne soit pas là l'intention de M. Stahl). Car enfin, que de choses pourrait-on appeler « nécessité indéniable » pour l'idée de l'état général et de l'ordre juridique ou leur *développement* naturel ?

Mais M. Stahl se rend bien compte qu'il ne nous apprend rien tant qu'il n'a pas déterminé les cas où il y a et ceux où il n'y a pas nécessité ; c'est pourquoi il se décide par la suite à définir celle-ci de plus près. Il reproche à la culture contemporaine « de faire une application fausse du principe incontestable qui justifie l'abolition des droits acquis *par l'intérêt général* (*salus publica*, salut public) (p. 341) car, dit M. Stahl, sous le nom de salut public, cette culture n'entend pas « *la nécessité publique*, c'est-à-dire les exigences indéniables d'une existence saine et prospère et d'un développement organique, mais la *simple utilité* (*lucrum*) ».

Enfin, voilà une définition ! Le critère de la *nécessité* réside, pour M. Stahl, dans ce qui est exigé pour subsister, durer et non pour le *lucre*. Par cette distinction entre le lucre — M. Stahl met ce mot entre parenthèses — et le

tégorie du droit, c'est-à-dire une nécessité juridique. La mort aussi est une nécessité ; mais ce n'en est pas une du système juridique.

droit de vivre, il est fait ici une application de la distinction qui existe dans le droit privé entre les réclamations des personnes basées sur le *lucre* et celles qui ont pour but d'éviter un dommage.

Mais tout d'abord, dans quel sens M. Stahl parle-t-il de *nécessité publique ?* Entend-il par là une nécessité pour la *conscience juridique spirituelle* de la société ? Dans la *conscience juridique* en tant que puissance intellectuelle indivisible, il ne saurait y avoir de différence *quantitative* entre le lucre et le dommage évité. Si la conscience juridique de l'esprit se réalise, si l'ordre existant lui *correspond*, il y a lucre pour lui, et si l'ordre existant lui est *contraire* et sa *négation*, il y a pour lui dommage ; mais l'on ne saurait déterminer où se trouve la limite de séparation.

Or, contrairement à ce qu'on pourrait attendre dans une philosophie du droit, M. Stahl ne parle pas d'une nécessité *spirituelle* pour la *conscience juridique* publique ; il ne peut pas le faire, du reste, après nous avoir appris qu'il ne saurait être question de la *conformité* d'une situation juridique antérieure à la conscience juridique contemporaine. Il parle au contraire des exigences du « bien-être public » matériel, économique. Dans les revendications privées des individus, rien n'est plus facile à distinguer que l'acte de maintenir une situation de fortune existante ou d'éviter un dommage et celui de rechercher un lucre. En effet, toute fortune privée et les résultats de toute opération qui la concernent, comme la *negotiorum gestio*, par exemple, peut être déterminée d'une façon précise. Rien n'est au contraire plus impossible que d'appliquer cette distinction entre la conservation et l'accroissement ou lucre, à la situation d'une nation. Car ici la *limite* entre ces deux choses est absolument indéterminable et ni la situation matérielle d'une nation et moins encore le résultat d'une *mesure déterminée* ne peuvent en être *constatés* ; car on ne saurait établir si l'omission d'une mesure utile n'a pas causé de *préjudice* et si une mesure invoquée en faveur du *maintien* du

bien-être national n'a pas eu pour effet un lucre et si la situation matérielle de la nation ne serait pas restée également stationnaire sans elle. Il est donc impossible de déterminer ce qui est *nécessaire* à une nation simplement pour conserver sans acquérir et ce qui est nécessaire au point de vue du lucre, dont l'absence serait préjudiciable à l'état de la nation. Non seulement la limite *ne peut pas être tracée*, elle n'existe même pas ! Et elle *ne peut pas* exister, car l'*idée* d'un peuple en tant que distinct de l'individu implique son *évolution*, et partant son *accroissement* ou son lucre (quoique l'on ne puisse recourir ici à cette catégorie que par analogie).

Un peuple qui ne se développe pas, qui, par conséquent, ne réalise pas de lucre, intellectuellement et matériellement, ne reste pas *stationnaire*, mais il *rétrograde*. Donc il doit réaliser un lucre s'il veut continuer à vivre sainement. Et au fond M. Stahl sait cela ; c'est pourquoi il parle non seulement de *subsistance saine*, mais aussi de *subsistance prospère*, d'*évolution organique* et (p. 339) de *développement* conforme à la nature et comme toutes ces expressions, développement, évolution, prospérité sont identiques à l'idée de lucre, dans la sphère matérielle, lorsqu'il exige une subsistance *prospère,* il exige en même temps une subsistance *lucrative* ; il déclare ainsi qu'une semblable suppression de droits existants, sans lesquels la subsistance lucrative du bien-être public est impossible, constitue une *nécessité publique*. On le voit, tout cela n'est qu'un verbiage où sont accolés des termes contradictoires ; si on le voulait prendre au sérieux, l'on serait amené à un résultat inadmissible, contraire à l'esprit du droit : l'on permettrait d'abolir des droits acquis pour une simple *cause d'utilité*.

A présent M. Stahl développe trois conséquences tirées de sa prétendue limite (p. 339). Premièrement les marchands d'esclaves invoquent en vain leur *jus quæsitum* parce que les droits acquis ne peuvent être considérés comme intangibles, quand ils annihilent le droit de la

personnalité d'autrui (l'on ne nous dit pas pourquoi il n'en serait pas de même pour les droits féodaux qui, à tant de degrés divers, annihilaient le droit de la personnalité d'autrui). Après cette concession forcée, M. Stahl reprend haleine et passe à la deuxième conséquence : « Dans l'Etat organisé où chaque membre a sa place assignée dans l'ensemble, aucune acquisition de droits politiques, aucune inégalité résultant d'actes fortuits de ces membres, ne peut avoir lieu *pour l'avenir.* » M. Stahl souligne les mots *pour l'avenir*, pour marquer qu'il ne s'agit pas d'appliquer cette théorie aux droits déjà existants : et par là il nous révèle sa grande pénurie d'idées théoriques. Car nous verrons plus tard que conformément à l'idée du droit, jamais la teneur d'un droit ne peut être enlevée pour l'avenir à un individu qui l'a acquise, tant qu'elle est reconnue *valable*, qu'une loi enlevant un pareil droit serait illogique, illégale, constituerait une violation du libre arbitre individuel.

Comme nous aurons à revenir plus tard sur ce point, contentons-nous de remarquer pour l'instant que le juriste Savigny est infiniment supérieur au point de vue théorique au prétendu philosophe du droit. Car la formule de Savigny, d'après laquelle les lois relatives à *l'existence* des Droits *doivent rétroagir* sur les acquisitions antérieures, dit déjà qu'un droit qui ne peut plus naître dans l'avenir ne peut *plus subsister* s'il est né dans le passé, et que le premier cas constitue précisément le *critère* pour résoudre le second. Mais lorsque M. Stahl exprime son admiration pour le *respect romain* des droits acquis, nous pouvons lui donner la consolante assurance qu'il ne sera rien dit au cours du présent paragraphe qui n'apparaisse à la fin de celui-ci comme strictement conforme à la théorie des Pandectes romains.

La troisième conséquence est la suivante. Dans le « grand développement historique de l'état public dans son ensemble, les droits acquis des individus ou des classes doivent finir par *disparaître* ». Mais ils doivent *disparaître en tant que droits* et *reconnus comme tels*, « c'est-à-dire qu'il leur est dû un dommage-intérêt, si cela est possible ». Nous aurons

bientôt à examiner à fond cette erreur très répandue ; c'est pourquoi nous ne faisons que l'indiquer ici. M. Stahl conclut : « *L'abolition brutale* de droits acquis, motivée par des *considérations politiques*, ne constitue pas une fonction constante et régulière de l'organisme de l'Etat ; elle est simplement l'œuvre de certaines époques ; aussi elle se justifie plutôt *historiquement* que *juridiquement*. »

Ici de nouveau le souffle jacobin inévitable, dont ne savent pas toujours se préserver les disciples des philosophes modernes, entraîne M. Stahl à donner à l' « histoire » l'absolution historique « de l'*abolition brutale* de droits acquis motivée par des *considérations politiques* ». Cette absolution historique était d'autant plus commode pour M. Stahl, qu'elle le dispensait d'une théorie juridico-scientifique. M. Stahl a dû comprendre qu'il ne suffirait pas à cette tâche ; c'est pourquoi il s'y est dérobé avec une révérence devant l'histoire. Mais il a *renoncé* ainsi en *principe* à la tâche qui incombe à la philosophie du droit, et non seulement la vieille phraséologie creuse sur l'opposition entre le droit et l'histoire se retrouve ici pleinement épanouie, mais en outre on accorde à l'histoire un droit particulier à la négation brutale du droit, ce dont les « communistes » et les « libéraux », si durement pris à partie par M. Stahl, peuvent prendre acte, eux à qui la « justification historique » suffit.

Pour notre compte, nous n'avons aucunement besoin d'un semblable droit historique *particulier*, d'un droit à la négation du droit. Nous pensons au contraire que la tâche de la philosophie du droit doit être de déduire la théorie *scientifique* de l'*idée pure du droit elle-même*. Nous n'avons pas besoin non plus de faire une distinction entre le *droit politique* et le *droit privé* ; il nous est même impossible d'en faire une, car tous deux constituent le droit et l'*évolution politique* ou le mouvement du *droit public* n'est précisément pas autre chose que l'*évolution de l'idée du droit elle-même*. Et nous verrons en effet que l'abolition de droits acquis, telle qu'elle a eu lieu à ces époques « his-

toriques » comme la Révolution française ou d'autres révolutions, n'est fondée que sur cette « fonction constante et régulière de l'organisme de l'Etat », sur cette évolution ininterrompue de l'idée de droit, laquelle se manifeste toujours, quoique d'une façon plus calme, mais équivalente en principe, dans la formation ininterrompue du droit privé pur, dans les lois sur l'usure, les aliments, sur la preuve testimoniale et sur d'autres matières de toute nature.

Revenons à nos propres développements après cette digression qui nous a permis de montrer par quel verbiage vide d'idées et de sens et fourmillant de contradictions l'on peut à notre époque conquérir la réputation de *penseur* dans la patrie de Hegel.

Tout d'abord nous donnerons quelques exemples positifs de lois se rattachant très étroitement au droit public, mais qui, pour cette raison même, ne peuvent *en rien* atteindre plus les droits acquis que ne peuvent le faire les lois absolues d'une manière générale.

Ainsi les décrets de la célèbre nuit du 4 août 1789, par lesquels l'Assemblée Constituante abolissait tous les droits féodaux, n'étaient nullement entachés de violation du droit, de rétroactivité. Car, même s'ils avaient été acquis, ces droits ne pouvaient être valables que *jusqu'au moment* où la conscience juridique publique serait arrivée à un degré de son évolution tel qu'elle aurait considéré l'existence de ces droits comme légalement impossible, qu'elle aurait vu en eux la *négation du droit* au lieu d'y voir la manifestation de la substance du droit.

Heureusement que, grâce à cette opération instinctive de l'idée, mise plusieurs fois déjà en lumière au cours des développements antérieurs, les hommes ont l'intuition de ce qui est juste longtemps avant que les théories puissent se former.

C'est ainsi qu'ont pu être publiées ces lois, qu'elles ont pu être *défendues* avant qu'aucune véritable théorie ne les justifiât !

Mais l'activité simplement instinctive de l'idée n'est perçue que sous une forme fragmentaire ; il en résulte des inconséquences, des contradictions, des oscillations ; de là le manque de force démonstrative, les méprises, et, quand elle tend à se réaliser, elle rencontre à chaque pas de nouveaux obstacles qui ne peuvent être surmontés que lorsqu'une théorie véritable et limpide est venue résoudre les difficultés auxquelles se heurtait le sentiment obscur de ce qui est juste.

Ce que nous venons de dire deviendra très clair si l'on considère comment Merlin défendait les décrets de la nuit du 4 août.

« C'est ainsi, dit-il (*Répert. de jurisp.* v° Eff. rétroactif, « Sect. 2, v, 534), que l'Assemblée constituante, tout en« nemie qu'elle s'est montrée constamment de toute espèce « de rétroactivité, n'a pas craint, dans la célèbre nuit du « 4 août 1789, de détruire la servitude personnelle, la main« morte et la féodalité. Et certes une loi nouvelle *ne ré-* « *troagit pas réellement* lorsqu'en faisant revivre une loi « écrite dans le code *éternel et imprescriptible de la nature*, « elle efface, par sa toute-puissance, les actes qui, *pendant* « *le sommeil de celle-ci*, ont porté atteinte aux droits les « plus sacrés de l'homme. » Le « code éternel et imprescriptible de la nature », « le sommeil des droits », qui préexistent ici aux lois et sont violés par celles-ci » ! voilà des expressions sous lesquelles on retrouve le sentiment obscur et exact des choses. Mais ces paroles extrêmement vagues, qui signifient tout et rien, et auxquelles ce penseur juridique d'habitude si précis est obligé de recourir pour défendre son sentiment juste, *ne sont pas des arguments juridiques scientifiques* ; loin de rien démontrer, elles risquent d'être appelées des déclamations. Or, tant que les déclamations ne sont pas déduites de lois conceptuelles précises, elles peuvent servir à tout démontrer, même les choses les moins justes.

Ce sentiment vague n'est pas seulement incapable de rien démontrer à autrui ; Merlin lui-même, précisément parce

qu'il *va trop loin, ne va pas assez loin*. Il poursuit, en effet, en ces termes :

« Quelquefois aussi des considérations politiques peuvent « déterminer le législateur *à rétroagir* dans les matières de « pur droit privé. C'est ainsi que, par la loi du 14 no- « vembre 1792, la Convention nationale a aboli les *substi- « tutions fidéicommissaires* qui avaient été créées précédem- « ment et n'étaient pas encore ouvertes. »

Ainsi Merlin avoue que cette loi a *réellement rétroagi*.

Et bientôt après (p. 538) examinant une disposition de cette loi, il dit : « C'est même sur le principe consacré par « ces arrêts que se sont fondés ceux qui, après le 18 bru- « maire an VIII, ont provoqué par des pétitions au tribunal « et au gouvernement le rapport de l'art. 2 de la loi du 14 « novembre 1792, qui, pour abolir les substitutions anté- « rieures non encore ouvertes, avait rendu sans effet les « conditions encore pendantes sous lesquelles les subs- « titués déjà nés ou conçus étaient appelés par des testa- « ments dont les auteurs étaient alors décédés. Et ce n'est « pas en contestant ce principe, *ce n'est pas en niant la ré- « troactivité*, qu'on leur a répondu. On leur a seulement « dit que la raison civile devait céder à la raison politique ; « que l'intérêt général de l'Etat, qui doit toujours prédomi- « ner dans l'esprit du législateur, devait faire taire tous les « intérêts particuliers ; et qu'au surplus la loi du 14 no « vembre 1792 n'avait fait, en rétroagissant sur les substi- « tutions antérieures pour les abroger entièrement, que ce « qu'avait fait précédemment l'ordonnance de Moulins de « 1566, pour réduire à quatre degrés les substitutions per- « pétuelles qui avaient été fondées avant l'ordonnance d'Or- « léans de 1560. »

Cette loi serait une bien pauvre loi si l'on pouvait dire d'elle qu'elle est rétroactive. Car, comme nous l'avons vu (§ 1), le législateur ne peut publier une loi rétroactive ni pour des considérations d'ordre politique, ni pour d'autres raisons, sans porter atteinte à la liberté et à la responsabilité de l'individu, sans détruire l'idée de droit jus-

qu'en ses fondements ; du reste il ne saurait aucunement être question de la rétroactivité de cette loi, au sens où l'entend Merlin (1) (l'*abolition* des substitutions fidéicommissaires). La loi n'a pas fait autre chose que de déclarer, au § 1, toutes les substitutions prohibées ; il s'ensuit logiquement que la *persistance* des substitutions antérieures est désormais interdite et que les fidéicommis doivent désormais se transformer en *propriété libre* entre les mains de leurs *possesseurs actuels* liés par le fidéicommis. Mais par le fait qu'en vertu de la nature nécessaire du droit, on doit mettre en pensée dans un instrument fidéicommissaire cette disposition, d'après laquelle la substitution n'aura lieu que si les lois la permettent et tant qu'elle la permettront et d'après laquelle toute disposition contraire, même *expresse*, sera entachée de nullité *comme contrevenant à des lois prohibitives*, l'on ne peut, pas plus au nom du testateur défunt qu'à celui de l'héritier expectant déjà conçu ou déjà né (qui n'acquiert son droit de survivance, à sa naissance, selon l'ordre de primogéniture ou un autre ordre successoral, qu'à *la condition préalable que des lois prohibitives n'interviennent pas avant l'échéance du fidéicommis*) adresser l'ombre d'un reproche de rétroactivité et de violation du libre arbitre individuel à cette loi qui *abroge les substitutions*. Au contraire, elle n'impose au libre arbitre d'autres limites que les limites légales auxquelles il est soumis sous toutes les législations.

Voyons ce que dit Savigny à ce sujet.

Nous verrons ultérieurement plus en détail que, relativement à la question qui nous occupe dans le présent paragraphe, la théorie de Savigny côtoie la vérité pour s'en éloigner ensuite d'une façon absolue et irrévocable. Il est clair, en effet, que la formule de Savigny, selon laquelle seules les lois relatives à l'*acquisition* de droits ne rétroa-

(1) Nous montrerons dans les applications (II, B.) à propos de l'examen particulier des fidéicommis que *cette loi était réellement rétroactive* (mais à un point de vue différent de celui indiqué par Merlin) *en ce sens qu'elle n'allait pas assez loin*.

gissent pas, tandis que les lois relatives à l'*existence* des droits doivent rétroagir, doit concorder dans son résultat avec les conséquences pratiques de notre développement à propos de nombreuses lois de cette espèce. Mais outre le tort qu'a Savigny de parler ici de rétroactivité (quoiqu'il la qualifie de rétroactivité admissible), la défectuosité de sa théorie se révèle dans deux conséquences de celle-ci. La première conséquence consiste dans la façon *peu précise* dont parle Savigny d'une nouuelle loi de cette dernière catégorie — abolition de fidéicommis. — Il dit à ce propos (VIII, 537) : « Si l'on doit faire des objections aux lois par lesquelles des institutions juridiques sont abolies ou transformées, ces objections, vu la nature limitée du possesseur des droits acquis, doivent être confinées en d'étroites limites, qui sont de deux sortes. L'on peut *tout au plus* contester à une loi son action légitime tant que le possesseur d'un droit acquis est en vie. S'il laisse des héritiers, ceux-ci ne possèdent pas à l'époque de la publication de la nouvelle loi un droit acquis inviolable. En d'autres termes : tout droit successoral est purement positif et si une nouvelle loi le soumet à certaines conditions, à certaines limites, personne ne saurait voir là un empiètement sur des droits acquis. Appliquons ce que nous venons de dire au cas donné plus haut comme exemple. Si la nouvelle loi qui voulait supprimer l'esclavage prescrivait qu'à l'avenir aucun héritier ne pourrait acquérir par voie d'héritage la qualité d'esclave, il n'y aurait certainement pas ici violation d'un droit acquis. Cette considération était fondée sur le fait que la fin de toute vie humaine est peu éloignée. On arrive au même résultat si l'on considère le commencement de cette vie humaine. Tout homme doit reconnaître l'ordre juridique établi au moment de sa naissance. Si donc, avant qu'il naisse, une institution juridique est supprimée ou transformée par une nouvelle loi, ce n'est pas un droit acquis par lui qui est violé par ce fait. » Et à ce propos, Savigny remarque dans une note : « qu'une loi qui abolit les fiefs et les fidéicommis ne viole donc *certainement*

pas les droits de ceux qui *naissent ultérieurement* ».

Les expressions *tout au plus*, *certainement pas* indiquent assez clairement que Savigny voit dans le fait que l'héritier expectant fidéicommissaire n'est pas encore né, une circonstance qui met la loi *a fortiori* à l'abri de tout reproche d'illégalité ; mais en même temps elles indiquent que, s'il lui fallait tirer les conséquences de son principe, il ne verrait pas d'illégalité dans les lois qui aboliraient, même après la naissance de l'héritier, son droit de survivance au fidéicommis dans l'ordre de primogéniture. Ce serait là, tout au moins, une conséquence logique et juste de sa formule d'après laquelle les lois relatives à l'existence des droits doivent rétroagir.

Quoi qu'il en soit, ce manque de précision n'en reste pas moins un inconvénient dangereux, qui n'a point de base juridique solide. Notre théorie au contraire montre bien, pour ce qui est de l'ordre de primogéniture fidéicommissaire, qu'il est *absolument indifférent* que l'héritier présomptif soit né ou non ; car ses droits ont beau être des droits acquis, ils ne le sont qu'à la *condition unique* de ne pas se heurter à des lois prohibitives, attendu que rien ne peut être acquis ou conservé *contra leges*. Ainsi des esclaves, des serfs ou d'autres objets ou droits quelconques, qui jusque-là étaient possédés et auxquels une nouvelle loi *ne* reconnaît *plus* le pouvoir d'être possédés. Et, comme nos développements l'ont déjà montré, comme notre examen ultérieur du contrat d'intérêts, de la *lex commissoria* et d'autres cas plus décisifs le prouvera également jusqu'à la pleine évidence, ce qui vient d'être dit est d'autant plus vrai pour l'héritier présomptif fidéicommissaire déjà né que, même par *contrat*, l'on ne peut acquérir un droit durable contre des lois prohibitives, et que l'on peut tout au plus reconnaître à l'acte par lequel l'expectant fidéicommissaire est mis au monde et élevé une puissance égale à celle d'une acquisition contractuelle (1). Si Savigny s'ex-

(1) Pour quelle raison ne traite-t-on les héritiers présomptifs

prime d'une manière vague et hésitante sur la question qui vient d'être examinée, sa théorie le conduit, à un autre

fidéicommissaires, pour ce qui est des droits qui leur sont conférés par *substitution* fidéicommissaire, comme les héritiers testamentaires ? En effet, tant que la succession n'est pas ouverte, il n'est aucunement douteux, à propos de ces derniers, que les lois agissent toujours immédiatement sur la *teneur* du testament et l'aptitude des héritiers. La raison est celle-ci : le testament représente du vivant du testateur une volonté toujours *révocable*, qui, pour ce motif — aussi bien que la loi sur l'héritage *ab intestat* pour l'héritier *ab intestat* — n'accorde qu'une simple expectative et non pas un droit *acquis*, tant qu'elle n'est pas devenue *irrévocable*, c'est-à-dire tant que le testateur est en vie. Au contraire, il y a dans les contrats d'héritage et dans les fidéicommis une disposition *irrévocable*, qui, pour cette raison, accorde un droit acquis. Voilà, en réalité, la seule différence qui existe entre ces deux cas au point de vue qui nous occupe ici, et la conséquence qui s'en dégage est très juste en elle-même. Mais cette *irrévocabilité des substitutions* ne saurait être maintenue contre les *lois prohibitives* ; un cas va nous le prouver, qui, d'après ce qui précède, est juridiquement sur la même ligne que les fidéicommis. Avant la Révolution française, dans beaucoup de provinces, par exemple dans les statuts du Hainaut, du Brabant, de Liège, sur le territoire de Wissembourg, en Alsace, dans le grand-duché de Berg, régnait le *droit de dévolution*. Il permettait aux enfants d'un premier lit, dont le père s'était remarié, de prendre, avant le partage des biens laissés par celui-ci, tout ce qu'il possédait au moment de la mort de leur mère. En vertu du même droit de dévolution, il était interdit au père, *à partir de la mort de sa femme, d'aliéner ou d'hypothéquer*, d'aliéner ces biens au détriment des enfants du premier lit. L'on voit, d'une façon indéniable, que la dévolution accordait aux enfants du premier lit un *droit irrévocable*, tout comme l'instrument fidéicommissaire en accorde un à l'expectant déjà né. Par la loi du 8-15 avril, toutes les dispositions statutaires établissant une distinction entre les enfants de différents lits, à propos du partage de l'héritage d'un même père ou d'une même mère, furent abolies. Une question se posa alors : quand la mère était décédée sous le régime de l'ancien droit, quand, pour cette raison, les biens étaient déjà *revenus* par *dévolution* aux enfants du premier lit et quand le père était mort seulement après la loi du 8 avril 1790, les enfants du second lit devaient-ils être exclus du partage ? La Convention trancha cette question par l'ordre du jour motivé du 18 vendémiaire an II, au profit des enfants du second lit (et à juste titre) parce que les effets

point de vue, à une erreur aussi complète qu'importante, dont nous allons immédiatement nous occuper. Il demande

de la loi du 8 avril 1791 « doivent avoir lieu sur les biens meubles et immeubles qui, à l'époque de sa publication, étaient frappés de dévolution dans la main de l'époux survivant avec enfants ». Lorsque plus tard, en l'an IV, les dispositions rétroactives des lois antérieures furent rapportées et que, pour cette raison, on tenta de revenir sur l'ordre du jour de la Convention, la Cour de cassation de Paris, dans ses arrêts du 8 messidor et du 10 nivôse an XIII, déclara qu'il n'était pas entaché de rétroactivité. La même question a soulevé de vives controverses devant la Cour d'appel de Cologne et la Cour de revision et de cassation rhénane de Berlin. Dans sept arrêts (30 juin et 3 juillet 1823, 29 avril et 19 juin 1824, 11 février 1825, 9 avril 1829 et 16 juin 1830), la Cour de cassation de Cologne se déclare — dans les cas où la mort du père était survenue après l'introduction du Code Napoléon — en faveur du maintien du droit de dévolution des enfants du premier lit. La Cour de revision et de cassation rhénane de Berlin décida, au contraire, par ses arrêts du 15 février 1826 (*Archives rhénanes*, 8, 2, 45), du 28 février 1832 (*Arch. rhénanes*, 16, 2, 9) et du 11 décembre 1843 (*Arch. rhén.*, 37, 2, 3), cassant les jugements de la Cour d'appel de Cologne qui viennent d'être cités, que les enfants du deuxième lit devaient participer à l'héritage. Cette décision est juste, mais les considérations sur lesquelles s'appuie la Cour de revision sont insoutenables. Elle dit que les biens ne sont dévolus aux enfants du premier lit que quand, après un deuxième mariage du survivant de leurs parents, ces enfants du premier lit survivent à ce survivant. Aussi l'on ne peut *décider qu'à la mort* de l'époux en question *s'il y a vinculation*, et conséquemment les enfants du premier lit n'auraient un droit *acquis* qu'à la *mort* de ce *deuxième* époux. De même, la Cour de cassation de Paris appelle la dévolution « une simple expectative ». Mais, abstraction faite de ce que disent certaines coutumes, comme, par exemple, celle de Laleu, art. 28, « dans le cas d'entravestissement de sang, la propriété de tous les héritages sujets au dit échevinage et appartenage, et appartenans aux époux au décès du premier mourant, sera dévolue et *appartiendra* aux enfants issus du mariage et au dernier vivant d'iceux, pour, après le trépas du survivant, être l'*usufruit réuni à la propriété* » (de même la *Coutume de Liège*, chap, XI, art. 15), ce qui n'est certes pas la règle, il est néanmoins incontestable que la *vinculation* existait immédiatement après la mort du premier époux, puisque, dès *ce moment-là*, le survivant ne pouvait plus ni aliéner, ni hypothéquer ses biens et était qualifié,

(ouv. cité, p. 538 sqq) que lorsqu'on abolit des institutions juridiques se rapportant à un état de choses juridique cons-

dès cet instant, de « propriétaire *bridé* » (v. STOCKMANN, *De jure devolutionis*, chap. V, n° 1 ; chap. VI, n° 4). Dans ses *Inst. de droit pour le pays de Liège*, I, 271 sqq., Sobet compare très justement le droit de dévolution des enfants à un *fidéicommis conditionnel* qui s'évanouit s'ils meurent avant le parent. L'avis de la Cour de revision est basé sur ce fait que, si le père aliène les biens, cette aliénation n'est pas absolument nulle quand les enfants meurent avant lui sans laisser d'enfants. Mais l'on ne saurait en conclure que c'est seulement l'époque de la mort qui indique s'il y avait vinculation. Celle-ci *existait en tout cas*, et l'aliénation invalide *devient valide après coup*, si les enfants meurent sans enfants avant leur père. Quand l'époux romain aliène des biens dotaux, son acte est absolument nul. Mais si toute la dot lui revient après coup, l'aliénation devient valable d'elle-même sans qu'il soit besoin de renouveler l'acte d'aliénation antérieur (l. XLII, *de usurp.*, 41, 3). C'est pourquoi personne ne saurait prétendre que la vinculation de la dot ne peut être jugée qu'à la dissolution du mariage, ni douter que l'inaliénabilité de la dot ne constitue un *droit acquis* de la femme. Même quand quelqu'un aliène une chose qui ne lui appartient pas et devient plus tard propriétaire de cette chose, l'aliénation devient valable d'elle-même sans avoir besoin d'être renouvelée (*L. eadem*, l. IV, § 32, *de doli exc.*, 44, 4). De même, l'aliénation invalide des *lucra propter nuptias* devient valable après coup si tous les enfants du premier lit meurent avant le père (nov. 22, c. VI). Il n'est donc pas juste de dire, avec la Cour de revision et de cassation de Berlin, que seule l'époque de la mort permet de juger s'il y avait vinculation. Celle-ci *existait en tout cas*, et c'est un pur sophisme que de vouloir nier cette existence en s'appuyant sur des lois ou des faits ultérieurs. Il n'est également pas juste de dire, avec la Cour de cassation de Paris, que le droit des enfants constitue une simple « expectative ». Il constitue, au contraire, *un droit irrévocable in jure*, qui ne peut être supprimé que *dans certaines circonstances bien déterminées*, un droit qui, par conséquent, *est pour le moins tout aussi acquis et irrévocable que celui qu'on acquiert par la stipulation d'un contrat* (et même le droit dépend ici de certains événements extérieurs). Mais le droit de dévolution ne constitue pas (hormis dans cette coutume exceptionnelle de Laleu, où, du reste, la question devrait être tranchée différemment) une *transmission actuelle de la propriété* des biens du père aux enfants, mais constitue, pour ces derniers, un droit acquis à l'héritage (tel qu'était le droit de l'*héritier le plus proche* dans l'ancienne juridiction germanique). L'esprit prohibitif

tant, « l'on accorde un *dédommagement* véritable, complet, à l'intéressé ». « Toute fin véritablement politique ou économique, » dit-il, « est pleinement atteinte par le rachat avec dommages-intérêts, sans enrichir une partie au détriment de l'autre, chose que l'on ne pourrait aucunement justifier par la nature de semblables lois. »

Nous répondrons tout d'abord à cette affirmation générale en disant que c'est une grosse erreur d'admettre qu'il existe un droit au dédommagement dans les cas dont nous nous occupons.

Cette réponse se dégage, avec une nécessité logique, rigoureuse, de la théorie que nous avons développée. Le droit ne pouvait être stipulé valablement dans un contrat par l'individu que *jusqu'au jour* où l'existence générale d'un semblable droit se heurterait à la conscience de l'esprit public qui le nierait et le déclarerait impossible. Le droit a été valable aussi longtemps qu'il pouvait et devait l'être. A présent le jour fatal, le jour de la nécessité déjà prévue dans le contrat *est arrivé* et tout est dit !

Le *terme*, *jusqu'auquel* le droit devait et pouvait être valable, est *atteint* ; c'est pourquoi l'on ne pourrait songer logiquement, ni juridiquement, à des dommages-intérêts. Il n'y a lieu ici à aucun dédommagement. En effet, aucune chose n'a été prise ici à l'individu qui, comme c'est le cas pour l'expropriation, serait *encore considérée* dans la suite comme une *propriété légitime*. Admettre néanmoins un droit au dédommagement là où le droit aboli est déjà *prohibé*,

de la nouvelle conscience juridique française était précisément celui-ci : *il ne doit pas y avoir de droit acquis* à une succession ; celle-ci ne peut être conférée que par la loi (c'est pourquoi les *pactes successoraux* furent abolis et l'art. 1389 du Code civil défendit aux époux « de faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal de la succession de leurs enfants ») ; ce qui signifie, *in specie*, qu'il ne peut y avoir de prérogative dans la succession entre les enfants d'un même père ou d'une même mère — et *pour cette* raison le *droit acquis* à une succession disparut à *partir de ce moment-là*, comme droit n'ayant été acquis que *jusque-là*.

c'est-à-dire est considéré comme illégal par la conscience publique, ce serait, en langage logique, accorder à des *classes* ou à des *individus le droit de prélever un tribut sur l'esprit public avant de lui permettre de poursuivre son évolution*, ce serait admettre que l'esprit public est sous la dépendance tributaire de ces classes et de ces individus.

Si infrangible et si suffisante que soit cette conclusion rigoureusement logique, ce que nous venons de dire donnerait lieu à des *erreurs aussi graves* que les paroles de Savigny, mais dans le sens opposé, si nous ne tenions pas compte ici d'une *distinction*, qui ne doit jamais être perdue de vue.

Il nous faut donc développer ici la *théorie des dommages-intérêts* dans les cas où, en droit public ou en droit privé, des lois prohibitives abolissent des droits existants; cette théorie va se préciser d'elle-même et apparaitre comme la *conséquence immanente*, ou mieux encore, comme une *application plus stricte et identique de cette idée* par l'intermédiaire de laquelle nous avons vu la suppression des droits existants découler de l'idée même du droit, quand l'état de conscience générale est négatif.

Il importe de distinguer nettement *ce qui* est réellement prohibé et aboli par le nouveau contenu de la conscience générale, si c'est la relation juridique *elle-même* ou bien *un mode déterminé de son application*.

Ici, précisons un peu.

Un droit se qualifie juridiquement pas seulement par la teneur de la propriété ou par la revendication qu'elle permet d'élever; il se qualifie également par la nature du *titre juridique* lui-même dont découle cette revendication. Il faut le concours de *deux choses* pour permettre de qualifier le droit déterminé véritable. Je peux avoir à réclamer la même somme d'argent, la même quantité de redevances en nature, les mêmes services. Reste à savoir si j'ai à réclamer au titre usufruitier ou emphythéotique, etc., au titre d'usufruit contractuel ou légal, à un titre réel ou obligatoire, onéreux ou gratuit, etc...

Si la nouvelle conscience est *totalement* négative, si, d'une part, elle exclut la persistance d'un droit réel et obligatoire *déterminé*, et, d'autre part, ne laisse plus (par exemple, si elle abolit les droits seigneuriaux) naître de ce titre juridique *aucune espèce de droit*, la conséquence développée *plus haut* se produit, et il ne peut être question de dédommagement.

Mais si la prohibition de la nouvelle conscience n'est pas totale ; si elle permet encore à des droits de naître de la même base juridique (et même à des droits de même nature) sans autoriser toutefois de certaines espèces déterminées, choisies jusqu'alors, de revendications juridiques, parce qu'elle les juge nocives ou iniques (si par exemple elle n'admet plus les droits réels, mais les droits obligatoires), alors il doit se produire une *transformation*. Celle-ci peut prendre et prendra souvent la forme d'un *dédommagement*. Mais ce n'est là que l'esprit extérieur des faits auquel il ne faut pas se tromper. La *transformation* qui a lieu, c'est que la teneur d'un droit reconnu encore comme valable passe de sa forme *prohibée* à sa forme licite. Cette transformation doit se produire pour la simple raison que l'on ne peut pas abolir plus de droits que la nouvelle conscience juridique n'en prohibe réellement. Si donc la conscience juridique ne s'oppose pas encore à ce que de nouveaux droits naissent de telle base juridique déterminée, des droits sur tel *objet déterminé* comme la prohibition ne peuvent pas être étendus au delà de cette limite, la *transition* de la forme prohibée d'un droit, d'ailleurs valable dans sa teneur, à la forme licite de ce droit, doit avoir lieu.

En réalité il n'est pas ici question de *dédommagement* proprement dit, même s'il est fait sous forme d'argent. Rien d'autre n'est prohibé que ce qui doit l'être par le nouvel état de la conscience publique ; et ainsi, par la simple *non-prohibition* qui a lieu ici, le mode permis de la revendication d'un droit remplace logiquement, et de lui-même, le mode défendu, par exemple l'impôt sur le produit net

remplace l'impôt sur le produit brut, l'impôt en argent celui en nature, etc...

Mais il importe tout d'abord d'éclaircir par des exemples concrets ce qui vient d'être dit.

L'Assemblée constituante qui se réunit en France, en 1789, trouva dans le système féodal qui avait jusqu'alors régné, et dans les charges, les corvées et redevances de toute nature, auxquelles il soumettait la liberté des personnes et de la propriété, deux grandes espèces de droits, différentes en principe. Une partie de ces charges, de ces corvées, de ces redevances, de ces obligations et limitations de toute nature avait été imposée par la puissance seigneuriale dont jouissaient au Moyen Age les propriétaires de biens fonds, les ordres religieux, les chapitres, vis-à-vis du peuple serf et mortaillable ; elles étaient donc issues du pur droit personnel. Les autres avaient été acquises par les seigneurs fonciers contre la concession de leurs biens, c'est-à-dire à titre onéreux.

Relativement aux premiers de ces droits, la nouvelle conscience pensait précisément que la suzeraineté personnelle, d'une manière générale, et la distiuction juridique entre les personnes, *ne devaient plus exister*, qu'aucun droit ne devait plus découler d'une distinction entre les personnes.

Comme la prohibition par l'esprit public était aussi bien dirigée contre la teneur déterminée de ce droit que contre le titre juridique qui le fonde, qu'elle *ne le considérait plus* comme *juridiquement valable*, elle devait être *totale*. Comme ce *motif juridique* lui-même ne pouvait plus avoir aucune espèce de validité, comme aucune espèce de droit ne pouvait plus en naître, le droit ne pouvait plus non plus changer simplement sa forme ; un droit ne pouvait plus en remplacer un autre.

Ici donc un *dédommagement* n'était pas logiquement possible. Car il aurait *maintenu* comme légal et reconnu comme tel ce que l'esprit public considérait comme injuste et absolument invalable.

Il en est tout autrement de la deuxième espèce de droits qui ont été stipulés à l'origine contre une *concession de biens*, c'est-à-dire à titre onéreux (1).

La nouvelle conscience *ne* défendait *pas* de stipuler des droits issus de ce motif juridique, permettant de participer au revenu d'un bien-fonds, d'exiger des corvées des personnes auxquelles des valeurs étaient données en retour ; elle permettait donc à des droits de naître de ce *titre* juridique et de s'appliquer aux mêmes objets. Bien plus : des charges réelles et des droits *obligatoires* sur des actions humaines purent continuer à être créés à titre onéreux. Seul le *mode déterminé* de ces droits, seule la *manière choisie d'y satisfaire*, qui continuaient à être admissibles en eux-mêmes, fut prohibée, pour différentes raisons, par la nouvelle conscience juridique. Ainsi les dîmes offraient le grand inconvénient d'empêcher, en tant que redevances sur le revenu brut, l'amélioration du sol, etc.

Toutes ces redevances réelles, de même que toutes les corvées réelles imposées pour les concessions de terres,

(1) On ne peut *jamais* considérer comme étant à titre onéreux les charges que se sont imposées les intéressés pour s'assurer la *continuation* de la jouissance qui leur est accordée. Ces charges ne constituent pas l'équivalent du droit *accordé* ; elles sont simplement nécessaires pour la *conservation* de celui-ci. Ce qui est dit à ce sujet à l'art. 24, titre II de la loi du 15 mars 1790, est très juste : « Sont exceptées de la suppression ci-dessus et seront rachetables ;... 2° les banalités qui seront prouvées avoir été établies par une convention souscrite par une communauté d'habitants et son seigneur, et par laquelle le seigneur aura fait à la communauté *quelque avantage de plus* que de s'obliger à tenir perpétuellement en état les moulins, fours ou autres objets banaux. »

De même un titre qui était peut-être primitivement onéreux, peut devenir non onéreux par le fait que sa charge consistait en services et obligations qui sont devenues impraticables ou illicites à la suite du changement de la situation (comme par exemple les services seigneuriaux que rendaient des seigneurs fonciers prussiens ou la protection qu'ils assuraient à leurs fermiers, etc.) Dès ce moment-là il est nécessairement devenu un titre non onéreux et doit être traité comme tel.

étaient prohibées par l'esprit actuel, comme imposant *in æternum* une espèce déterminée, irrachetable de redevances en nature et de corvées. Elles limitaient ainsi le libre usage de la propriété foncière, et comme elles forçaient la culture à demeurer stationnaire, elles déterminaient une diminution artificielle du revenu foncier, d'où résultait l'appauvrissement du peuple.

Il violait également un principe non moins impérieux qui s'imposait à présent à la conscience du peuple et d'après lequel on ne saurait obliger pour toujours la liberté personnelle de l'homme à une espèce déterminée d'actions, ou ne pas le laisser libre d'échapper, moyennant la restitution d'une valeur équivalente (d'un rachat), à l'obligation qu'il a contractée de rendre des services déterminés et de payer les intérêts de valeurs empruntées ou louées (1).

Ce qui était donc prohibé par le progrès de l'esprit, ce n'était pas le droit lui-même ; c'était simplement, et d'une façon générale, sa *nature irrachetable* ; ce n'était pas la *substance* du droit, mais uniquement le mode déterminé d'y satisfaire, qui avait été choisi dans les contrats. Comme naturellement on ne pouvait rien abolir de plus que n'exigeait la conscience générale, c'est l'*irrachetabilité* de ces droits, et non ces droits eux-mêmes, qui devait être abolie. Ainsi le droit de rachat s'ensuivait *de lui-même*, qui semblait être un *dédommagement* d'une *chose prohibée*, mais n'était en réalité que le *maintien* logique d'une *chose qui n'était pas encore prohibée*.

Si l'on avait voulu aller plus loin, et supprimer simplement ces droits, parce qu'ils avaient été stipulés comme *irrachetables in æternum*, sous prétexte que la nouvelle conscience ne reconnaissait plus de semblables droits, il y aurait eu *rétroactivité*. Car si l'individu se soumet et doit se soumettre d'avance à l'extinction de son droit à partir du

(1) C'est pourquoi la loi du 18 décembre 1790 défendit de ne plus à l'avenir créer aucune redevance foncière non remboursable, ce qui conduisit au principe général qui a passé dans le Code : toute vente perpétuelle est essentiellement remboursable.

moment où la conscience publique — seul et véritable terrain juridique — considérera comme substantiellement nul un certain droit, il ne se soumet pas pour cela à l'abolition matérielle de son droit au cas où ce n'est pas la substance du droit — mais simplement une manière déterminée d'y satisfaire, — qui devient nulle aux yeux du législateur et doit se transformer (quand le droit de rachat remplace l'impossibilité de racheter, et la redevance en argent, la redevance en espèces, etc...). Si au contraire la suppression totale avait eu lieu ici parce que la seule *forme déterminée* sous laquelle le droit a été établi ne peut pas subsister, l'individu pourrait prétendre que si cette forme avait été interdite au moment de la stipulation du droit, il en aurait choisi une autre, valable encore à présent : comme nous aurons occasion de le voir, il y aurait ici une véritable *rétroaction*. Dans le premier cas, par contre, l'individu ne peut pas en dire autant, car un droit devenu absolument inadmissible et substantiellement nul n'aurait pas pu continuer à subsister sous aucune autre forme.

En d'autres termes : si l'on doit mettre en pensée dans chaque contrat la stipulation tacite que le droit constitué par ce contrat doit durer *aussi longtemps* qu'il paraîtra juridiquement possible et, partant, non prohibé, à l'esprit public, il faut, pour la même raison, ajouter nécessairement en pensée, pour le cas de prohibition, cette *autre stipulation tacite* : tant que pourront naître de ce titre juridique de nouveaux droits applicables au même objet et qu'ils seront par ce fait reconnus juridiquement possibles, le droit que s'est constitué l'individu *doit continuer à subsister* dans toute autre forme qui *paraîtra encore admissible à la conscience du nouveau législateur*, c'est-à-dire sous *toute forme* où de nouveaux droits sur le même objet, issus de la même base juridique, peuvent encore être acquis, même après la publication de la nouvelle loi (1).

(1) Pour montrer que la transition développée par nous du droit à sa forme non encore prohibée, constitue l'idée logique, véritable

Et si *cette* stipulation contractuelle, tacite, simple dérivation de la première, dont la seule existence tacite et nécessaire suffit à exclure la rétroactivité, venait à être violée, il y aurait en effet une véritable rétroaction.

Les Assemblées françaises de l'époque révolutionnaire, obéissant à la véritable logique de l'idée, telle que nous l'avons exposée avec ses conséquences, abolirent purement et simplement, sans dédommagement, toutes les charges, les droits et servitudes de la première classe, mais déclarèrent *rachetables* tous ceux qui sont *le prix et la condition d'une concession primitive de fonds*. Ce principe est déjà indiqué dans le premier décret de la célèbre nuit du 4 août, art. 1 : « L'Assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal et décrète que, *dans* les droits et devoirs tant féodaux que censuels, *ceux qui tiennent* à la mainmorte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle *sont abolis sans indemnité*, et tous les *autres* déclarés *rachetables*. »

Mais ce décret ne reçut son expression conceptuelle pure que dans le décret d'application de la même Assemblée nationale du 15 mars 1790, où il est dit (titre III, art. 1.) : « seront *simplement rachetables* et *continueront d'être payés*

en pareille matière, et dans les domaines du droit où il ne saurait être question de *dédommagement*, nous prendrons comme exemple la loi du 8 mai 1816, par laquelle la Restauration abolit le divorce en France. Les plaintes en séparation de corps restaient admises. Aussi l'art. 2 de cette loi prescrivit que toutes les plaintes en divorce pendantes et — comme sous le Code civil le divorce, s'il est accordé par le juge, n'est prononcé que par l'officier de l'état civil — tous les jugements en divorce déjà rendus, mais non encore exécutoires, fussent *transformés* en plaintes et jugements en séparation. — Le divorce étant aboli, la séparation demeura sa seule forme permise, quoiqu'elle ne fût pas l'objet de la plainte et que les formes de la plainte en divorce fussent différentes de celles de la plainte en séparation. Mais comme les plaintes en séparation restaient admises, c'eût été abolir rétroactivement la validité d'actions individuelles que de forcer à présent ceux qui avaient obtenu un jugement en divorce, d'intenter à nouveau une plainte en séparation.

jusqu'au rachat effectué tous les droits et devoirs féodaux et censuels utiles qui sont *le prix et la condition d'une concession primitive de fonds* », tandis que dans les titres précédents tous les autres avaient été déclarés abolis sans indemnité. Après d'autres lois d'application des 3 mai, 14 novembre, 23 décembre 1790 et 13 avril 1791, ce principe ne fut appliqué d'une façon vraiment conséquente que par la loi de l'Assemblée législative du 25 août à laquelle s'ajouta plus tard le décret final de la Convention du 17 juillet 1793 (1).

Si nous examinons, du point de vue auquel nous sommes arrivés, les dispositions de la loi prussienne du 2 mars 1850 relatives à la régularisation et le rachat des droits seigneuriaux et ruraux, nous ferons de tristes constatations. Assurément aux §§ 2 et 3 elle déclare abolis sans rachat un certain nombre de droits, en particulier (§ 2, nos 1 et 2) le domaine éminent du suzerain, du seigneur foncier et du seigneur censier, et reconnaît au tenancier à cens héréditaire et au fermier emphytéotique propriété entière par la seule force de la loi. Certes cette loi semble découler directement du principe que nous avons établi quand elle déclare expressément abolis sans dédommagement (§ 3, n° 10) :

« Les impôts et redevances établis et issus des anciens *droits seigneuriaux, protectoraux et fonciers qui*, sans faire partie des *contributions publiques*, ont néanmoins *nature d'impôts* ».

Et quand elle prescrit à la fin du § 3 :

« *Que dans la mesure* où les corvées, impôts et rede-

(1) Parmi les lois d'exécution, nous n'avons mentionné que les plus importantes ; d'autres, comme celle du 28 octobre 1792 sur les dîmes inféodées, du 26 juillet 1792 sur les droits casuels pour mutation de propriété, des 17 et 20 août 1792 sur les droits féodaux fixes et casuels, des 28 août, 7 décembre 1792, du 10 juin 1793, ont été laissées de côté. De même le décret de la Convention fut suivi d'autres décrets d'application et d'interposition en date des 7 septembre 1793, 2 octobre 1793, 1 brumaire, 9 brumaire, 1 frimaire 28 nivôse, 29 floréal an II, etc..,

vances ont été acceptés en échange de la *concession* ou de l'*aliénation* d'un *bien-fonds*, ils ne peuvent être abolis sans rachat ».

Ces deux passages prouvent d'une façon indéniable que la distinction établie théoriquement par nous (voir plus haut) n'a pas échappé pratiquement, sur ce point, au sentiment juridique du législateur prussien, de même qu'elle n'a pas échappé aux Assemblées françaises.

Mais les prescriptions du § 5 ont déjà une apparence suspecte :

« L'abolition spécifiée au § 2, n°s 1 et 2, du domaine indirect du suzerain, du seigneur foncier et du seigneur censier, du fermage héréditaire, n'a pas comme conséquence la suppression des droits *à des impôts ou à des redevances* qui *revenaient aux propriétaires*, ni des fruits qu'ils s'étaient réservés expressément ; ces droits sont maintenus dans la mesure où leur abolition n'est pas *spécifiée* dans la présente loi. »

Et elle poursuit : « *tous* les impôts et redevances perpétuels qui pèsent sur des biens-fonds ou franchises possédés en propre ou acquis à fermage ou à bail héréditaires, sont soumis (§ 6) au rachat ».

Mais, comme on l'a déjà fort souvent et fort justement démontré, il est historiquement incontestable que, surtout la redevance du bail héréditaire, qui est née fréquemment de la *protection* et du *bailliage* exercés par des seigneurs et des chapitres auxquels des paysans se soumettaient librement, leur était souvent imposée par usurpation ou par le triomphe (1) des idées féodales au Moyen Age.

Certes l'on pourra répondre que le § 5 soumet ces impôts et ces redevances au rachat, simplement dans la mesure où « ils ne seraient pas *spécialement* déclarés abolis dans la présente loi » et que, conséquemment, on peut découvrir une semblable origine féodale dans les impôts et rede-

(1) Cf. par exemple cette maxime : nulle terre sans seigneur.

vances, qui, au § 3, n° 10, ainsi que les redevances des baux héréditaires, sont abolis sans rachat, comme étant exclusivement d'origine féodale ou seigneuriale (1).

Mais si même l'on interprète la loi dans ce sens, elle contient toujours, relativement à la redevance emphytéotique, etc... une présomption en faveur de l'ayant droit et impose à l'*obligé* la charge de prouver les faits, ce qui s'était produit en France à la suite de la loi de la Constituante du 15 mars 1790 (2); mais cette loi était encore

(1) Il est certain que cette interprétation ne serait pas admise devant nos tribunaux. Car ici l'on pourrait dire que les droits provenant de l'emphytéose, etc... « sont maintenus *expressément* par le § 5 et par conséquent l'on ne peut pas remonter à leur origine de fait et de lieu ; qu'à la vérité ce paragraphe excepte, même pour les biens emphytéotiques, les impôts qui y sont attachés et qui ont été *spécialement* déclarés abolis dans la loi » ; mais que le n° 10 du § 3, en abolissant sans rachat tous les droits qui ont la *nature* d'impositions n'établit qu'une *catégorie générale*, sans déclarer abolie *spécialement*, dans n'importe quelles circonstances, la redevance emphytéotique ; qu'au contraire la redevance emphytéotique en *tant que telle* n'a pas en réalité la « *nature* d'impositions », mais simplement celle d'une charge foncière (Cf. Code prussien, Ire partie, titre XVIII, § 680 sqq. et § 813 sqq.) et que, par conséquent, on doit considérer comme non admise par la loi la preuve du contraire, tendant à établir qu'une redevance emphytéotique déterminée a par son origine de fait et de lieu une semblable nature.

Si l'on considère la loi comme *refusant* au paysan la *preuve du contraire de l'origine féodale* contre la supposition légale de la concession de fonds, on peut dire à ce point de vue de cette loi ce que nous dirons plus loin avec une égale sévérité à propos d'autres dispositions.

Certes les intérêts de l'aristocratie sont de la part de la loi l'objet d'une toute autre sollicitude. Car, nous l'avons déjà vu, il est dit *expressément* à leur avantage, à la fin du § 3, que les droits déclarés abolis sans rachat par la loi doivent subsister, s'ils résultent de la concession ou de l'aliénation d'un bien-fonds.

(2) Art. 2 : Et sont présumés tels (prix d'une concession primitive de fonds, et par conséquent rachetables) *sauf la preuve du contraire* : 1° Toutes les redevances seigneuriales annuelles en argent, grains, volailles, cires, denrées ou fruits de la terre servis sous la dénomination de cens, censives, ventes féodales, seigneuriales et

bien trop favorable (1) aux ayants droit, en établissant une présomption contraire à l'histoire (beaucoup plus admissible en Allemagne et pour des motifs d'ordre historique (2) qu'en France) et transformant, par conséquent, de fond en comble (3), les règles relatives à la charge de prouver les faits.

emphytéotiques, etc., etc., qui ne se paient et ne sont dues que par le propriétaire ou possesseur d'un fonds, sauf qu'il est propriétaire ou possesseur et à raison de la durée de sa possession.

(1) La supposition de cette loi de 1790 fut déjà retournée en sens inverse par la loi du 25-28 août de l'Assemblée législative. Tous les droits qui étaient là-bas rachetables furent déclarés ici abolis sans rachat, s'il n'était pas prouvé qu'ils provenaient de la cession d'un fonds ; cette preuve devait exclusivement être faite au moyen des *actes d'afféagement, d'acensement* ou *d'emphytéose*.

(2) Voir à ce sujet et au sujet de ce qui a été dit sur les redevances emphytéotiques contractées librement par les paysaus ou imposées à eux par la féodalité, etc. : MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 7e éd. Ier vol., §§ 80 92 et vol. II, § 480 seqq ; MOSER, *Osnabrückische Geschichte*, IIe part. 2, § 22-24, et 3, §§ 13-15; HAGGEUMÜLLER, *Geschichte von Kempten*, p. 101, 215 ; EICHHORN, *Deutsche Staats=und Rechtsgeschichte*, §§ 195, 196, 223, 247. Rem. 2, 343, 368, 448, 545, 169, 194 ; introduction du même ouvrage, § 50 (la fin) § 51, 52 c, 54 sqq. ; KINDLINGER, *Geschichte der deutschen Hörigkeit*, §§ 2 sqq. 15, 16, 42 sqq. ; GRIMM, D. R. A., p. 503, 562 ; SOMMER, *Rechtsverhältnisse*, etc., p. 112 ; BAUERGÜTER, p. 113, 124 ; ZIMMERMANN, *Geschichte der Bauernkriege*, le premier vol. en entier, ainsi que la bibliographie donnée par ces auteurs, surtout par Mittermaier.

(3) Ainsi dans le duché de Westphalie, par exemple, les biens emphytéotiques ont été de tous temps la *pleine propriété* du possesseur (ce n'est donc pas la propriété partagée ou les biens emphytéotiques dans le même sens que le Code prussien). V. SOMMER, *Bauergüter im Herzogtum Westfalen*, §§ 13, 14, 59. Il en est de même pour les biens emphytéotiques dans la principauté de Siegen ; v. SCHEUK, *Statistik von Siegen*, 54. De même à Eichsfeld le nom de biens emphytéotiques désigne de simples terres ; v. *Revidister Entwurf des Provinzialrechts des Eichfeldes*, § 46, motive p. 68 et *Acta des Ministeriums des Innern, Regulirungen*, v. Gemeinheitsteilungen, Gen., n° 9 b, fol. 11 sqq., cités par DÖNNIGES (*die Landescultur Gesetzgebung Preussens, im höhern Auftrage mit Benutzung amtl. Quellen*, vol. II, p. 95. Dans la principauté de Minden, le terme de unitaires héréditaires désigne

Mais la loi du 2 mars 1850 ne saurait être approuvée sur bien des points ; il importe, pour la démonstration de nos principes, de mettre en lumière ces différents points.

Au titre II, § 2, les *corvées* (*Services non mesurés*, ungemessene Dienste) sont *également soumises au rachat*. Mais les *corvées* (*services non mesurés*) portent la marque si nette de leur origine féodale, que le *législateur prussien* en a convenu *lui-même*. On lit, en effet, dans la *loi prussienne du 25 septembre 1820* (Gesetzsammlung, p. 169) ayant pour but de déterminer exactement pour les pays westphaliens, hanséatiques et de Berg, quels droits y avaient été supprimés par la domination française :

> § 3. « Le servage et la sujétion héréditaire sont et restent abolis avec toutes leurs conséquences. »
>
> § 4. « Sont considérés comme conséquences et sont donc abolis... n° 4 tous les services, même s'ils sont attachés à la possession d'un bien-fonds. »

Cette soumission de toutes les corvées au rachat prouve non seulement le progrès réalisé par notre période constitutionnelle sur la période absolutiste, elle prouve une chose plus sérieuse encore.

La science, dont le premier devoir est de se faire des idées nettes, ne *peut* pas renoncer au droit qu'elle a d'exprimer ses idées au moyen de termes *adéquats*, au moyen

des biens libres, dont le propriétaire jouit pleinement ; v. WIGAND, *Provinzialrecht von Minden*, I, 120.

Du reste, on n'aperçoit aucune raison sérieuse en vertu de laquelle l'ayant droit ne devrait pas aussi bien prouver la *qualité* de sa revendication, qu'il prouve l'*existence* et l'*étendue* de cette revendication (cf. STRUCKMANN dans les *Beiträge zum Osnabrück. Eigentumsrecht*, Beitr. 10, p. 28 ; REYSCHER, *Würtemberg. Privatrecht*, I, 411) et en vertu de laquelle la loi émet une présomption contraire aux règles générales sur la charge de prouver les faits, surtout enfin quand la redevance emphytéotique résulte de la concession de fonds, l'ayant droit possédera en règle générale un acte à ce sujet, mais que quand elle résulte de l'abus de la puissance féodale, le seigneur n'en a pas dressé l'acte.

d'une langue également nette. En conséquence, si la loi déclare non rachetables et, partant, maintient des corvées issues, de l'aveu même du législateur prussien, du servage et de la sujétion héréditaire, elle commet un véritable vol au détriment du pauvre et au profit de l'aristocratie foncière.

Voici en quoi consiste ce vol : l'on déclarait ces corvées maintenues, malgré leur origine féodale au *moment même* où l'on reconnaissait *législativement* la disposition prohibitive de la conscience juridique générale, à l'égard de cet état de choses féodales, à tel point que l'on abolissait cet état de choses comme *contraire au droit* (1).

A présent seulement, quoique décrété, le maintien de ces corvées, issues d'un état de choses que le législateur lui-même considérait comme la négation du droit, devenait une véritable injustice et une violation brutale de la propriété de la classe la plus pauvre, injustice qui n'avait plus dans la *bona fides* une circonstance atténuante. Comme le droit juridique doit toujours être jugé d'après la conscience de l'époque, les charges féodales *pouvaient*, tout au moins au Moyen Age, être imposées aux biens ruraux et à leurs possesseurs, d'une façon juridique et en vertu du droit public établi, quoiqu'en réalité la violence, l'usurpation et l'oppression jouassent souvent un rôle essentiel. Mais à présent l'on décrétait le maintien et le rachat en capital de ces droits, à une époque où l'on *ne croyait plus* à ce droit, au *moment même* où l'*illégalité* et l'*invalidité* de *tous les droits issus* de la féodalité — cf. également l'art. 42 de la Constitution du 31 janvier 1850 (2) — étaient proclamées par le

(1) « Parce qu'il ressort de toute la loi de rachat, particulièrement des §§ 2 et 3 que toutes les charges foncières issues d'une institution féodale et foncière doivent être abolies ». (Erwägungsgründe des 5. Senats des Obertribunals Präj. vom 6 nov. 1855, *Arch. für Rechtsf*. XVIII, 277.

(2) D'après cette loi « sont abolis sans dédommagement : 1° la justice seigneuriale, la police seigneuriale et les droits de souveraineté et les privilèges attachés à certains biens fonciers; 2° les *obli-*

législateur, comme la *prescription impérieuse* de la conscience juridique générale. Ce *manque de croyance en soi-même*, le maintien, dans le rachat en capital, d'un droit contraire à la conscience législative cogente, fait que ce rachat, décrété en dépit de cette conscience, est une violation *illégale* de la fortune de la classe la plus pauvre en faveur des nobles seigneurs fonciers, et est conséquemment un véritable *vol* (1).

Il en est à peu près de même pour les impôts sur les mutations de propriétés (lods) ; seules les mutations de propriété seigneuriale sont abolies, tandis que les mutations de propriété vassale (qui sont les plus fréquentes) sont toutes soumises au rachat, exception faite des frais de justice (§§ 36-40 de cette loi), pourvu que l'assujettissement du bien au lods ait été reconnu dans un acte public, même *sans indication de sa motivation juridique*. Il est impossible de nier que les lods aient historiquement, du moins dans la majorité des cas, une origine féodale et ne proviennent pas des charges foncières. Et néanmoins les §§ 36-40 (et particulièrement la fin du § 3 de la loi cf. § 39) ne permettent pas de douter que, relativement aux lods mêmes, la preuve du contraire de l'origine féodale ne soit refusée au possesseur rural.

gations résultant de ces droits, de la protection seigneuriale, de l'ancienne sujétion héréditaire, de l'ancienne organisation des impôts et des métiers ».

(1) Cette critique ne s'applique naturellement pas au rachat des corvées à merci tel qu'il est prescrit par exemple en Prusse dans la période de 18.0 et des années suivantes. A cette époque-là ces mesures étaient un *merum beneficium* pour l'amélioration de la situation de la population rurale, sans découler de la conscience juridique du législateur. C'est pour cette raison que l'*abolition sans rachat* des charges féodales ne fut pas proclamée comme l'expression législative de la conscience générale. Ce qui motive notre critique, c'est que cela s'est passé en 1850 et que le rachat a été ordonné contrairement à la prohibition de la conscience générale publiée par le législateur lui-même (dans la Constitution comme dans la loi).

Il nous reste encore une dernière remarque à faire au sujet de cette loi. L'Assemblée Constituante française elle-même n'avait prohibé le *droit de rachat* que pour les charges résultant d'une cession de terre et qu'elle jugeait contraires à la liberté du sol et de l'individu. Conformément à cette liberté elle n'avait aboli rien de plus que ce que prescrivait la conscience prohibitive, c'est-à-dire l'impossibilité de racheter. Aussi elle avait déclaré ces droits exclusivement *rachetables*, tout en permettant aux *obligés* d'agir sur ce point à leur guise (1).

Au contraire, la loi du 2 mars 1850 a un caractère astreignant. Non seulement elle accorde à l'obligé le droit de réclamer le rachat (v. § 64, 94 et la loi du même jour sur la banque foncière) ; mais elle le permet aussi à l'*ayant droit*; et ainsi le *rachat en capital* des corvées et des redevances cesse d'être proposé au libre choix pour devenir une obligation involontaire ; au lieu de découler de la *liberté personnelle* des obligés, il devient pour eux une *contrainte*. Au lieu d'être une loi sur le droit de « rachat », celle-ci était plutôt une loi sur le *rachat forcé*. Comment expliquer des mesures astreignantes pareilles prises, à une époque de *complète réaction*, en faveur de la liberté personnelle, et laissant bien loin derrière elles toutes celles des Assemblées révolutionnaires françaises ? Nous répondrons d'une façon analogique en examinant comment est motivé un projet d'abolition, avec indemnité de l'exemption de l'impôt foncier (2), présenté aux Chambres, même à notre époque et sous un ministère libéral. » Le gouvernement, y est-il dit, espère, par le présent projet de loi, résoudre d'une façon satisfaisante une question qui, si elle n'est pas résolue, *risque d'être traitée bientôt avec moins d'égard.* »

L'esprit féodal sent que ses instants sont comptés, aussi

(1) V. le rapport de Tronchet du 28 mars 1790, t. XVI des proc. verb. de l'Assemblée, et les dispositions hanovriennes relatives au rachat de 1833.

(2) A la session de 1859-60.

il se hâte de plonger à nouveau les deux mains dans les poches du peuple, afin de transformer par une nouvelle violence, avant le chant du coq, la *propriété féodale* en *propriété bourgeoise* (1).

(1) Est-il surprenant qu'une loi soit interprétée par les tribunaux dans l'*esprit* qui a présidé à sa création? C'est ce qu'a fait fort souvent le tribunal suprême.

Ainsi l'on ne pouvait pas nier que l'impôt appelé « Geschoss » et « Erbgeschoss » ne fût un reste des anciens droits protectoraux, particulièrement de la justice seigneuriale, et par conséquent ne dût être aboli sans rachat (*Präj. des Obertrib.*, 11 décembre 1853 et 3 juillet 1855; *Entscheidungen*, XXVII, 272, et *Zeitschrift des Revisionscoll.*, IX, 55); néanmoins le tribunal suprême déclara que si les *quittances* seules — provenant des ayant-droit eux-mêmes — indiquaient une taxe sous le nom de « Geschoss », « Geschossgeld », intérêt du « Geschoss », etc., l'on ne pouvait pas chercher l'origine de cette taxe dans un droit protectoral, seigneurial ou foncier, ni parler de sa « nature » d'impôt (*Präj. des Obertrib.*, II, Sess. du 22 janv. 1856; *Arch. für Rechtsf.*, XX, 95), quoique la Cour suprême eût déjà reconnu par un arrêt du 16 octobre 1847 (*Entscheidungen*. XVI, 264) la nature d'impôt du « Geschoss »; cf. l'arrêt motivé déjà cité du 10 décembre 1853.

Le § 3 (n° 8) de la loi avait déclaré abolies sans rachat les servitudes destinées aux besoins personnels des propriétaires fonciers et de leurs fonctionnaires. Mais malgré l'origine *manifestement seigneuriale* de ces servitudes et malgré l'abolition de toutes les *taxes et redevances* issues de la même façon, décrétée au § 3, la deuxième Chambre de la Cour suprême en arriva à décider que les *impôts* en lesquels de semblables *corvées* avaient été *visiblement transformées* n'étaient pas abolis (*Präj.* du 21 mars 1854; *Entscheid*. XXVIII, 261), quoique la cinquième Chambre dise très justement : « qu'on ne voit pas la raison pour laquelle le législateur qui abolit sans rachat les corvées provenant du droit de chasse laisse subsister les impôts ayant même origine, attendu que la *cause réprouvée qui oblige* à une semblable charge foncière reste la même, que les servitudes soient fournies en *nature* ou aient été transformées en *rente* par *convention* ou par habitude ». (*Präj.* du 6 novembre 1855; *Arch. für Rechtsf.*, XVIII 278), et quoiqu'un jugement dans ce sens ait déjà été rendu par la Cour suprême le 15 juin 1852 (*Arch. für Rechtsf.*, VII, 219). La décision de la deuxième Chambre de la Cour royale suprême (22 avril 1852) d'après laquelle la loi du 2 mars 1850 n'est pas applicable aux baux héréditaires contractés pour trois cas de succession dans les pays han-

Après avoir critiqué la loi du 2 mars 1850, revenons à la distinction conceptuelle développée plus haut. Nous y avons trouvé un principe aussi inattaquable que facile à appliquer ; il va nous aider à présent à déterminer d'une façon absolument sûre dans quels cas le dommage-intérêt, ou la transformation et le rachat doivent ou ne doivent pas avoir lieu. S'il s'agit par exemple de la suppression du servage, il ne saurait être question de rachat, car ici aucun droit issu de cette base juridique — la souveraineté personnelle sur des hommes — ne peut plus subsister d'après la conscience actuelle. Rien ne serait changé au cas où le serf aurait été acquis par *achat* ; car ici l'on ne peut tenir compte que du droit du possesseur primitif. Aucun vendeur ne peut transmettre des droits plus grands que ceux qu'il possède lui-même ; il transmet son titre avec la caducité qui y est attachée et particulièrement avec la caducité qu'il aura devant une loi prohibitive ultérieure. Le résultat est le même d'après le principe tel que nous l'avons formulé, à condition que l'on considère le dernier achat. L'achat en lui-même est encore un titre juridique valide dont peuvent découler des droits.

Mais ce titre juridique ne doit plus donner aucun droit à un *objet juridique* qui serait l'*homme* ; les hommes ne doivent plus être vendus ; c'est pourquoi la prohibition est totale ; aucune transformation n'est plus admissible, attendu qu'il n'existe plus de droit qui en pourrait fournir le titre.

Ou bien il s'agit de l'abolition du droit de chasse.

D'une façon générale, ce droit est d'origine féodale et seigneuriale ; dans cette mesure, il doit être complètement abrogé par la conscience juridique qui prohibe les droits

séatiques soumis précédemment à la domination française, a déjà été suffisamment critiquée par Gierse (*Uber die Natur der münsterschen Erbpächte*) et par la *Preussische Gerichtszeitung*, 1859, n° 53.

L'on peut expliquer comme on voudra ce désaccord entre de semblables décisions et la loi. Il n'en est pas moins vrai que la Cour suprême a jugé selon l'*esprit* de la loi.

issus de ce titre juridique. L'on ne changera rien à la chose en disant que ce droit d'origine féodale a été transmis ultérieurement par la vente, car jamais un titre n'acquiert par le fait de sa transmission une validité supérieure à sa validité primitive, et celui qui achète un droit ou une chose l'achète toujours avec risque de les perdre.

Néanmoins une science impartiale se doit de remarquer que, d'un côté, il *peut se faire* qu'un droit de chasse a pu être *primitivement* accordé à titre non féodal, contre paiement, par un propriétaire (c'est là une supposition que ne confirment guère les faits) et que, d'un autre côté, la loi sur la chasse du 31 oct. 1848 interdit (1) au § 2, non pas de séparer le droit de chasse de la propriété foncière, mais de le séparer *uniquement sous la forme d'un droit réel.*

Pour ces raisons, la dite loi de l'Assemblée nationale prussienne du 31 octobre 1848 aurait dû prononcer l'abolition sans rachat du droit de chasse issu de *droits seigneuriaux*, et établir la présomption légale de l'origine identique de tous les droits de chasse; mais en même temps elle aurait dû admettre la *preuve contraire* d'une cession contre paiement et prescrire dans ce cas le rachat. On ne saurait rien reprocher de plus à cette loi. En effet, d'après la nature conceptuelle du sujet développé plus haut, l'on ne voit pas pourquoi, même dans la mesure et relativement à la *forme* sous laquelle de nouveaux droits de chasse peuvent naître d'après la nouvelle loi, le droit de chasse résultant de contrats antérieurs serait aboli sans pouvoir être ni transformé, ni racheté. — A ce sujet nous ferons remarquer du reste que ce rachat ne devait pas avoir lieu dans les cas où un propriétaire foncier avait cédé primitivement un fonds à un possesseur rural en se réservant le droit de chasse.

Car cette réserve qu'il faisait était un droit découlant de

(1) § 2 : « Le droit de chasse ne pourra plus être désormais séparé du bien foncier en tant que *droit réel.* » C'est pourquoi la loi du 7 mars 1850 a admis, sous certaines conditions seulement, la location de la chasse.

la souveraineté foncière et du droit public de l'époque féodale ; c'est pourquoi cette distinction, complètement prohibée par la conscience actuelle, perdait désormais toute son efficacité. Mais quand on peut prouver que le possesseur rural a acquis la propriété du fonds de terre *avant* d'en avoir cédé lui-même le droit de chasse, que celui-ci a été possédé par lui et aliéné par un contrat libre et volontaire — ou quand le droit de chasse a été réservé primitivement au moment de la cession de la propriété, mais que cette aliénation a eu lieu entre *égaux en droit* (entre seigneurs fonciers ou entre paysans), sans être, par conséquent, influencée par le droit public (1), dans ces cas seulement le rachat pouvait et devait être permis.

L'on ne saurait justifier cette loi par la formule que nous avons précédemment exposée et dire : Des droits peuvent encore naître de ce *titre juridique — l'achat,* — mais ne peuvent plus s'appliquer au *même objet juridique — la chasse sur un bien étranger* — ; et ainsi justifier l'abolition sans dédommagement dans tous les cas. Car la loi du 31 octobre a aboli (comme nous l'avons déjà vu) le droit de chasse en tant que *droit réel,* mais non pas en tant que droit de fermage personnel ; il est au contraire admis sous cette dernière forme, sous des conditions précisées ultérieurement par la loi du 7 mars 1850. Or, le fermage représente également un achat, l'*achat des fruits pour un nombre déterminé d'années* ; et alors l'on ne voit pas pourquoi le droit de chasse, s'il est né dans les circonstances qui viennent d'être déterminées et s'il est soumis aux conditions spécifiées par la loi du 7 mars 1850, n'est pas devenu, d'après le § 10 de cette loi du bail, d'une durée extrême de 12 ans ou n'a pas été racheté d'une autre manière. Ainsi

(1) La loi de l'Assemblée nationale française du 15 mars 1790 (titre II, art. 24) résultant visiblement du même raisonnement, décide très justement que : « sont exceptées de la suppression ci-dessus et seront rachetables : : 1° Les banalités qui seront prouvées avoir été établies par une convention souscrite entre une communauté d'habitants et un *particulier non seigneur* ».

l'on a plus prohibé que n'exigeait la conscience législatrice prohibitive (1).

Poursuivant notre examen des cas où un dommage-intérêt, c'est-à-dire une transformation, peut ou ne peut pas avoir lieu, nous supposerons à présent qu'il s'agit d'abolir l'exemption de l'impôt foncier de certaines classes de propriétaires fonciers. Ici la conscience prohibitive nous dira : Il ne doit pas y avoir de privilèges. Donc le titre juridique et le droit qui en découle sont soumis à une même prohibition. Ici le droit disparaîtra totalement et ne pourra pas subsister sous une *nouvelle forme*. Mais le dommage-intérêt, comme nous l'avons vu, supposerait une semblable transformation formelle et considérerait comme *subsistant toujours* ce privilège aboli par la conscience juridique du peuple. L'on ne saurait raisonnablement objecter que les dits biens ont non seulement été acquis par héritage, mais aussi par *achat* et ont été payés dans ce cas d'après le revenu net, calculé sur ce qu'ils étaient exempts d'impôts. En effet le privilège de l'exemption d'impôts ne peut être ni *vendu*, ni transmis *héréditairement* par son premier possesseur avec une validité plus longue que celle que reconnaît l'Etat. Le vendeur a vendu le bien tel qu'il l'a possédé lui-même ; il jouissait du privilège de l'exemption d'impôts *jusqu'au jour* où aurait été publiée une loi prohibitive. Si un droit compris dans l'achat vient à être aboli, c'est en vertu du vieux principe du droit de propriété : *res perit domino*.

Le contrat d'intérêt représente certainement un droit ac-

(1) Si cette critique a été faite dans l'intérêt de la stricte impartialité qui s'impose à une théorie scientifique, il va de soi que l'on ne saurait reprocher à l'Assemblée nationale de 1848 de n'avoir pas, sous l'influence brutale des événements, respecté cette distinction ; on le peut d'autant moins que cette distinction n'a qu'une signification théorique et qu'il y a fort peu de cas où, d'après les développements qui précèdent, le rachat aurait dû avoir lieu ; tandis que le juriste ne tient compte, comme dit l'adage, que du cas général (*quod plerumque fit*).

quis. Et pourtant, lorsque Justinien, le gouvernement prussien et d'autres législateurs ont publié des lois sur le taux maximum, lois qui devaient rétroagir sur les contrats existants et les réduire au taux désormais permis, jamais personne n'a songé à réclamer de l'Etat un dédommagement pour le montant d'intérêts dont on était privé par ces lois : ce dédommagement aurait consisté pour l'Etat à payer lui-même des intérêts prohibés par ces lois. Or, s'il en est ainsi dans le domaine du droit privé, où la caducité attachée à tout contrat devant une loi prohibitive ultérieure a pu jusqu'à présent soulever des difficultés que fera disparaître une théorie complète, de semblables difficultés n'ont aucune raison d'être dans le *droit public*.

Enfin, pour ce qui est de l'*impôt*, tout le monde devrait savoir qu'un droit excluant à perpétuité le droit de la souveraineté qui appartient à l'Etat, d'exiger des contributions dans l'intérêt public et, par conséquent, l'exemption d'impôt ne saurait être qu'un *privilège momentané*.

C'était à l'acheteur de tenir compte, au moment de l'achat, de la valeur de ce privilège et de sa suppression possible : quant à l'Etat, cette suppression ne lui impose aucune obligation. — Ainsi donc l'argument, d'après lequel l'achat était basé sur le revenu net du fonds exempt d'impôt, n'a aucune valeur juridique et est en même temps d'une véritable faiblesse logique.

A un autre point de vue, il constitue la plus monstrueuse des absurdités. Car s'il était capable de démontrer la moindre des choses, il démontrerait qu'il existe un droit acquis à l'immutabilité quantitative de *tout impôt*.

L'on achète tous les biens-fonds en se basant sur leur revenu net et par conséquent en tenant compte de la charge foncière à laquelle ils sont soumis au moment de l'achat. Si donc la cote foncière est augmentée par l'Etat, — ce qui n'a jamais eu lieu jusqu'à présent à une semblable occasion et qui n'est même pas possible dans le système actuel de nos contributions — sans que l'impôt sur toutes les formes du capital mobilier soit augmenté exactement dans

les mêmes proportions, il *peut* très bien arriver dans certaines circonstances, que, par ce fait, le revenu net des propriétés achetées soit inférieur au revenu qu'aurait rapporté le capital consacré à leur achat. Ainsi l'Etat n'aurait pas alors le droit de leur imposer une contribution *supérieure* à celle à laquelle ils étaient soumis au moment de l'achat. Il y a plus. Le revenu net des biens-fonds ou la rente foncière repose sur le prix du blé ; celui-ci est réglé par le prix coûtant maximum auquel une nation doit se procurer la récolte de son propre sol ou les produits étrangers. Or, lorsque les droits d'entrée sur les produits du sol sont diminués ou augmentés, le revenu net des propriétés est *toujours et inévitablement* diminué.

Il en résulterait que, à cause des achats effectués à l'époque où régnaient les droits d'entrée déterminant le revenu net des biens, l'Etat n'aurait aucunement le droit d'augmenter ou de diminuer les droits d'entrée ; ou du moins il devrait dédommager les propriétaires fonciers pour cette suppression des droits d'entrée par le paiement d'un capital dont les intérêts seraient l'équivalent complet ou approximatif de la diminution du revenu foncier après la baisse du prix des céréales. — Et en fait c'est là la raison pour laquelle les torys anglais ont si longtemps combattu la suppression des droits d'entrée sur les céréales. Mais ils alléguaient qu'ils défendaient ainsi les intérêts agricoles du pays tout entier, lésés par cette suppression. Et lorsque la conscience publique eut décidé la suppression des droits sociaux d'une manière irrévocable, ils n'eurent pas l'impudence de réclamer de la nation un dédommagement pour couvrir la diminution de leur revenu. Il y a plus. On sait que la rente foncière est établie d'après le prix de revient des céréales sur le sol le plus *improductif* qu'une nation doit cultiver pour se procurer la subsistance nécessaire ; or, si l'Etat venait à se rendre compte que les terres les moins productives sont trop imposées, il n'aurait même pas le droit de modifier cet état de choses injuste et de diminuer ou de supprimer les impôts de ces terres, ou il serait

obligé d'acheter au préalable ce droit, moyennant le paiement d'un capital, aux possesseurs des autres catégories de terres; en effet la diminution ou la suppression des impôts établis sur les terres les moins productives entraîne la diminution du revenu net que l'on a cru s'assurer en achetant des terres plus productives.

En définitive, nous voyons par ce qui précède que cette prétention à un dédommagement signifie ceci : il n'existe pas, en somme, de *droit public* ; tout le droit public n'est en réalité que la *propriété privée d'une classe possédante* à laquelle l'Etat doit acheter tous les droits nécessaires à son développement. Si néanmoins l'on accorde un dédommagement pour la suppression de l'exemption d'impôts fonciers des biens seigneurianx, comme ce privilège est aboli dans sa substance par la conscience juridique prohibitive de l'époque, et comme par conséquent il n'est rien resté de lui qui puisse être l'objet d'un dédommagement, d'une transformation ou d'un rachat, il se produit ici ce que nous avons dit plus haut. Comme il n'y a plus rien à racheter, un semblable dédommagement ne représente pas un *rachat*, mais un *tribut* que paie un peuple à une classe régnante et reconnue comme telle par le fait de ce tribut, afin d'obtenir ainsi un droit — partiel — au développement de l'esprit public. Il y a ici une contradiction monstrueuse et catégorique : la conscience législatrice abolit le privilège de caste au moment même où par ce tribut l'on proclame la *souveraineté* de la classe privilégiée et où l'on exige que le peuple reconnaisse cette souveraineté. Il y a plus : de momentané qu'il était, le privilège devient par là *définitif* et *perpétuel*, puisque le capital accordé pour le rachat de l'exemption d'impôts assure pour toujours, dans ses intérêts perpétuels, l'équivalent de l'exemption d'impôts, laquelle n'avait jusque-là qu'une durée déterminée. Une semblable proposition constitue une révolte catégorique contre la logique ; à son tour elle doit nécessairement révolter le sens juridique impartial.

Quand un gouvernement a la faiblesse inconcevable de

faire une semblable proposition — comme a fait le gouvernement prussien au moment où nous écrivons ces lignes (1) — il renonce par là complètement au droit souverain de l'Etat ; et quand une Chambre s'oublie au point d'accepter cette proposition par égard pour cette faiblesse (2),

(1) Hiver de 1859.

(2) Les développements qui précèdent sont la simple conséquence des principes purement généraux qui font loi en cette matière. Mais une pareille proposition est encore beaucoup plus illégale en Prusse qu'ailleurs : en effet la loi du 27 octobre 1810 sur l'organisation des impôts et les finances de l'Etat y avait *aboli sans rachat l'exemption d'impôts des biens fonciers seigneuriaux.* Il est dit dans cette loi : « L'on établira, par la voie la plus courte, un nouveau cadastre d'après lequel on réglera l'impôt foncier. Notre intention n'est nullement d'augmenter les impôts, mais de les répartir d'une façon égale et proportionnelle entre tous les contribuables. *Néanmoins sont abolies toutes les exemptions* qui ont cessé d'être conciliables soit avec la *justice naturelle* (!!), soit avec l'esprit dans lequel sont administrés les autres Etats (*sic* !).

« Les biens fonciers, qui ont été jusqu'à présent exemptés de la cote foncière, doivent y *être soumis sans exception* et nous voulons qu'il en soit également ainsi pour nos propriétés domaniales. Nous espérons que ceux auxquels cette mesure s'applique comprendront qu'*on ne pourra plus leur reprocher désormais de se soustraire, au préjudice de leurs concitoyens, aux charges publiques et que les impôts qu'ils auront à payer seront bien inférieurs aux frais qu'ils auraient à supporter si l'on voulait exiger d'eux les obligations de service féodal que comportaient primitivement leurs biens.* »

C'est ainsi que parlait la loi de 1810. Jamais elle n'a été abrogée ; mais la noblesse a toujours su s'opposer à son exécution. Dès 1810 l'exemption d'impôts était déjà *contraire à la justice naturelle* comme la loi le reconnaît expressément. Mais depuis cette époque elle est *contraire à la loi* qui l'a abolie expressément sans rachat et dont les principes sont partout conformes à ceux qui ont été développés plus haut. S'il n'est pas surprenant que l'appel fait par Frédéric Guillaume III à la conscience juridique des intéressés n'ait pas été entendu par l'aristocratie ignorante du droit, dénuée de conscience et adonnée à ses éternels instincts de pillage, il est, par contre, extrêmement surprenant qu'un gouvernement qui prétend porter l'étendard libéral commette l'illégalité de proposer un dédommagement pour un privilège aboli, contraire à la « justice naturelle » et contraire également à la loi depuis 50 ans, et ose ainsi prouver

elle agirait beaucoup plus logiquement en *proclamant* (1) *à nouveau la soumission féodale du peuple aux propriétaires fonciers nobles.*

Nous bornerons ici nos développements sur la distinction conceptuelle entre les cas où les lois prohitives prescrivent l'abolition pure et simple de droits existants et ceux où elles prescrivent leur transformation ou rachat, pour revenir à l'objet principal de nos recherches.

Nous avons démontré jusqu'à présent que des lois prohibitives qui excluent de la sphère juridique comme illicite un droit antérieur, doivent, sans qu'il y ait rétroaction et sans que le libre arbitre juridique ou le principe de la solidité des droits acquis soient atteints, agir sur des contrats existants et ne pas laisser subsister les droits devenus illicites ; et nous en avons dit la raison.

Il nous faut à présent définir dans quelles *limites conceptuelles* ce qui vient d'être dit est vrai. Nous allons donc avoir à montrer *quand* des lois prohibitives doivent exercer l'action indiquée et *quand* elles *ne peuvent pas* l'exercer, sous peine d'être entachées de rétroactivité.

En établissant cette distinction, nous ne détruirons en aucune façon ce qui a été développé jusqu'à présent ; au contraire, nous mettrons *expressément en relief ce qui a été supposé tacitement jusqu'ici.*

En déterminant la limite *unique* à laquelle est soumise

clairement au peuple que tous les beaux discours constitutionnels ne sont *même pas* à la hauteur de l'*absolutisme éclairé.*

(1) L'on sait du reste le sort qu'a eu depuis ce projet de dédommagement présenté par le ministère pendant la session de 1859-60. *Accepté* par la deuxième Chambre, il le fut naturellement aussi par la Chambre des seigneurs qui se donna l'air de *se sacrifier* héroïquement (!)

Il fut ensuite retiré par le ministère parce qu'il faisait double emploi avec une autre proposition de péréquation des impôts fonciers dans toutes les provinces, qui n'avait pas imposé de « sacrifices » de cette espèce à l'aristocratie foncière et qui, pour cette raison, avait été rejetée par la Chambre des seigneurs.

l'action immédiate des lois astreignantes sur des droits existants, d'une part nous *motiverons plus profondément* et *consoliderons d'une façon définitive* tout ce qui a été dit jusqu'ici ; d'autre part nous mettrons la loi développée à l'abri des abus et c'est précisément par cette *distinction conceptuelle* que nous démontrerons la vérité de notre théorie jusqu'à la suprême évidence.

Donc après n'avoir vu jusqu'à présent que d'une façon générale que les lois prohibitives doivent agir immédiatement, nous allons maintenant développer la loi conceptuelle qui déterminera quand les lois peuvent et quand elles ne peuvent pas agir de la sorte.

L'on sait que Savigny n'admet pas l'action des lois prohibitives sur les contrats antérieurs (1).

Et, chose surprenante, c'est précisément l'idée sur laquelle repose la théorie de Savigny, qui, saisie dans sa signification véritable, nous indique *dans quelle limite* et *pour quelle raison* les lois prohibitives peuvent ou ne peuvent pas agir immédiatement. Savigny lui-même n'a pas compris la nature et la signification véritables de l'idée à laquelle il obéissait. Il ne pouvait nécessairement pas la comprendre, parce que, dans cette idée qui ne contient précisément que la conséquence dérivant du concept pour la *question spéciale* de l'action des lois prohibitives, il a vu par erreur la loi principale de toute la *matière rétroactive*, c'est-à-dire de la question des collisions de lois dans le temps.

Partant de ce point de vue faux, Savigny devait nécessairement en tirer des conséquences pratiques fausses. Par là s'explique également sa conception non conceptuelle et erronée, ainsi que ses développements sur l'*acquisition* et l'*existence* des droits, qui ne sont ni épuisants, ni catégoriques, ni justes.

(1) Par exemple, VIII, 436 : « et ainsi nous rejetterons cette affirmation souvent formulée, d'après laquelle de nouvelles lois prohibitives doivent pouvoir modifier la nature de contrats conclus antérieurement » etc...

Néanmoins il est évident pour tous ceux qui réfléchissent que ce qui suit ne représente que l'idée fondamentale de la théorie de Savigny ; mais nous l'avons élevée à une hauteur où *elle se saisit elle-même*, où *elle pénètre elle-même sa propre vérité.*

La loi que nous avons à développer, et dont nous démontrerons plus tard qu'elle découle avec une *nécessité immanente* de notre concept de la non-rétroactivité, est la suivante :

Toutes les lois prohibitives ou cogentes, si différente que puisse en être la teneur, ne sont jamais que de deux sortes.

Elles peuvent décider qu'un droit déterminé, ayant existé jusqu'alors, cesse de pouvoir être la *propriété* (1) de l'individu et ne peut plus recevoir ce caractère par *aucune espèce* d'acte et de volonté (2).

(1) Il va de soi que nous n'entendons pas ici ce mot dans le sens étroit de propriété *réelle*, mais dans ce sens plus général dans lequel *tout ce qui peut être soumis à la souveraineté absolue d'une volonté individuelle*, doit être appelé propriété de l'individu ; donc, dans le sens que donne le Code prussien au terme de propriété : Ire partie, tit. VIII, § 1 : « Est appelé propriétaire celui qui a le droit de disposer de *son propre chef* exclusivement et par lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers, de la *substance* d'une chose *ou* d'un *droit* ». — Nous emploierions l'expression de « droits patrimoniaux » qui implique aussi bien des droits réels que des droits obligatoires, si elle ne désignait pas uniquement des droits de nature matérielle, tandis que des droits de nature idéelle, qui par exemple dans le droit familial, conjugal, etc... découlent de la puissance paternelle, maritale, etc... pourraient être soumis à la souveraineté absolue de la volonté individuelle.

(2) Il s'agit donc ici de lois qui, pour rappeler une division romaine, déclarent qu'un droit est *extra nostrum patrimonium*. Car il est clair que la distinction que nous avons faite repose sur la même idée que la division romaine *in res quæ in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur* (Gajus, II, 1-11, Inst. *de rerum divis.*, II, 1 D. *de divis. rer. et qual.* I, 8). La seule différence, c'est que cette division appliquée par les Romains à des choses matérielles a été étendue ici, comme dans le code prussien (v. la note précédente) aux *droits personnels*. La division en *res quæ in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur* est du reste identique

Ou bien elles peuvent laisser ce droit déterminé en tant que droit qui peut être ou devenir la propriété de l'individu et ne décider seulement que de la *forme* et des *conditions* sous lesquelles l'individu possédera ce droit d'une façon légale et valide.

Les lois prohibitives de la première catégorie, celles qui nient (1) que l'individu puisse faire d'un droit sa propriété, le soumettre à sa volonté privée (par conséquent les lois qui reconnaissent qu'un droit est *extra nostrum patrimonium*, v. note 1) *doivent* agir *immédiatement* sur tous les *contrats existants* et *a fortiori* sur tous les autres droits.

Les lois de la deuxième catégorie qui, sans enlever à un droit sa susceptibilité de devenir la propriété de l'individu, ne regardent que les règles juridiques qui déterminent sous quelles formes d'actes de volonté et sous *quelles conditions* l'individu peut s'approprier un droit, ne peuvent jamais agir sur des droits existants, acquis par un acte de volonté individuelle (2).

à la division *in res quæ in commercio et quæ extra commercium sunt*, dont il est question à la fin du présent paragraphe.

(1) La rédaction de la loi n'importe pas. Une loi astreignante peut très bien être rédigée sous une forme positive, et être négative en ce sens qu'elle exclut son contraire. Il est superflu de répéter que sous le nom de lois prohibitives ou astreignantes nous entendons toutes les lois *absolues* dont la volonté individuelle ne peut aucunement s'écarter.

(2) L'on voit très clairement en quelle mesure la théorie Savignienne des lois sur l'*acquisition* et des lois sur l'existence des droits correspond à ce qui précède. Cette théorie est effectivement *tout à fait juste* si, 1° *on la limite exclusivement aux lois prohibitives* (absolues) et si 2° *on la ramène à son concept développé plus haut* pour reconnaître que *les lois usuraires, l'abolition de la lex commissoria*, etc... (v. plus loin) appartiennent aussi à la catégorie des lois sur l'*existence des droits*, et enfin, si 3° on maintient strictement ce principe que les lois prohibitives également n'exercent jamais leur action qu'à partir de l'instant de leur publication, et par conséquent mettent un terme à l'existence des droits ayant subsisté jusqu'alors, mais ne peuvent jamais donner après coup à des actions indivi-

Pour éviter une apparence qui ferait croire que la distinction catégorique n'épuise pas la matière dans toute sa plénitude, ou aboutit à des conséquences contraires à ce qui a été précédemment dit, nous commencerons par montrer expressément que les lois abolissant les *obligations* font partie de la première classe des lois prohibitives et négatives (parce que les obligations reçoivent leur caractère juridique déterminé non seulement par l'action, sur laquelle elles donnent un droit, mais aussi par le *titre de leur acquisition*), que, d'une manière générale, un droit qualitativement déterminé peut continuer à subsister, à être soumis au pouvoir de la volonté individuelle.

Car c'est le *titre d'acquisition* (achat, prêt, dédommagement, etc...), qui donne à l'obligation sa nature individuelle et sa qualification juridique, qui donne au droit son

duelles antérieures une portée que la loi d'alors ne leur donnait pas ou diminuer la portée que leur donnait cette loi.

Mais la théorie de Savigny ne tient aucun compte de ces trois conditions. Cependant point n'est besoin de prouver plus longuement qu'élevée à son *concept développé plus haut*, la formule de Savigny est devenue *quelque chose de tout différent* : on le constatera déjà de la façon la plus sensible dans ce fait que les lois qui, d'après cette formule, font partie des lois sur l'acquisition des droits (lois usuraires, etc.) deviennent, d'après notre détermination du concept, des lois sur l'existence des droits, parce qu'elles déclarent qu'un droit n'est pas une propriété (*extra patrimonium*). La formule de Savigny (lois sur l'acquisition et l'existence des droits) n'est qu'une *abstraction de l'esprit* et elle a le sort de toutes ces sortes d'abstractions : les distinctions qu'elle établit manquent de consistance et de netteté ; l'on ne saurait tracer entre elles de *limite* précise. Voilà un reproche qu'on a toujours omis de faire à cette division de Savigny. Mais quand nous en serons aux *applications* (1 *sur l'état personnel*; 2, *jura in re*), nous démontrerons (chose qu'il suffit de se rappeler ici) que les *mêmes* lois sont nécessairement, selon que l'on se place au point de vue de l'*individu* ou à celui de la *loi*, tantôt des lois sur l'*acquisition*, tantôt des lois sur l'*existence* des droits : et ainsi cette formule ne peut même pas servir à faire une division. — Néanmoins, c'est le *concept développé plus haut* qui se retrouve, sans y avoir toute sa plénitude, à la base de la formule de Savigny.

caractère déterminé et fait de lui ce qu'il est. — Il en est autrement pour les *droits réels*. Ceux-ci sont exclusivement qualifiés par le caractère déterminé de la *teneur juridique* à laquelle ils donnent droit et de l'objet qu'ils soumettent à celle-ci. Ici donc le *titre d'acquisition* devient un moyen indifférent (que l'on ait acquis une propriété par usucapion, héritage, achat, etc...), une simple forme de l'action par laquelle on acquiert.

Les lois prohibitives sur le titre de l'acquisition font donc partie, quand il s'agit d'*obligations*, de la première catégorie de lois ; quand il s'agit de *droits réels*, elles font partie de la deuxième catégorie.

Le titre juridique d'où découle un droit *réel* n'exercera d'influence que quand il se retrouvera dans la *teneur du droit* à laquelle il donnera un *caractère plus précis*. Dans le droit germanique, par exemple, des droits réels étaient nés de droits seigneuriaux (souveraineté, dépendance héréditaire, etc...) — A première vue on croira se trouver ici en présence d'un *titre d'acquisition* qui, par conséquent, comme tout titre d'acquisition des droits réels, est sans influence. Mais ce titre juridique ou d'acquisition apparaît ici *comme la qualification plus précise du droit réel constitué*. Il constituait un domaine éminent *féodal* (1) *sur la propriété d'un autre* (*dominium utile*) (2). Ou bien c'était le domaine éminent sur sa propriété pleine et entière. Ce droit *déterminé qualitativement* ne devait plus exister ; il était prohibé et, partant, toutes les redevances en argent également prohibées qui, en elles-mêmes ou à un autre titre juridique, pouvaient encore très bien être stipulées à l'avenir. Mais ce n'est pas dans la redevance, à laquelle se réduit la satisfaction donnée à un droit — car presque tous les droits se rédui-

(1) La seule différence qui existe ici est celle que l'on trouve toujours quand un contenu spirituel, au lieu d'être élevé à la forme du *concept*, ne se saisit lui-même que comme une *représentation abstraite de l'esprit*.

(2) *Lorsqu'il* était né d'un titre féodal, etc... mais non pas de la concession du bien fonds sous la réserve du *dominium directum*.

sent en fin de compte à un paiement en argent; — c'est dans la *qualification précise donnée* à cette teneur juridique que consiste la *nature juridique de celle-ci. Ici* donc le titre d'acquisition exerce une influence parce qu'il apparaissait comme la *détermination de la teneur juridique* par laquelle *se qualifiaient les droits réels à présent prohibés.* Par contre, les biens-fonds dont les nobles s'étaient jadis rendus *maîtres*, même par les procédés les moins réguliers, ne leur furent naturellement pas arrachés par la Révolution française ; ils ne pouvaient pas l'être, car ici le titre féodal d'action ne *subsistait* plus en tant que *détermination* du *droit réel constitué* ; il était devenu *purement et simplement propriété.* — Ainsi donc ce qui vient d'être dit au sujet des droits *réels* ne contredit nullement ce qui a été dit plus haut sur l'influence du titre juridique : c'en est au contraire le complément et la confirmation nouvelle.

A laquelle de ces deux catégories ressort une loi prohibitive ? Un examen un peu précis de son contenu déterminé et de son but nous l'apprendra d'une façon indubitable.

Mais avant de démontrer avec quelle *nécessité conceptuelle* la distinction indiquée résulte de l'ensemble de notre théorie, se justifie par elle et réciproquement la confirme, nous allons rendre cette distinction plus sensible par quelques exemples concrets.

Une loi donc, qui déclare invalables la transmission d'une propriété sans *tradition* ou les donations sans *insinuation*, ne peut, malgré son caractère prohibitif, agir sur des contrats de vente ou sur des donations faites antérieurement. Car, elle ne supprime pas chez l'individu le droit de posséder de semblables objets : elle est uniquement relative à la forme sous laquelle ces contrats doivent être conclus. Il en est naturellement de même pour toutes les lois se rapportant à la forme et à la validité extérieures des actes.

De même quand une nouvelle loi déclare les femmes sans l'autorisation de leur mari, les fils sans l'autorisation de leur père, ou bien des personnes dans toutes sortes de

circonstances incapables de contracter validement certaines espèces ou toutes les espèces d'obligations, ces lois prohibitives n'agissent pas sur des obligations déjà contractées. Car tant que l'individu peut faire valoir juridiquement son droit à de certaines prestations dont lui sont redevables d'autres individus, les lois établissant les conditions dans lesquelles on peut exiger ces obligations de certaines per- ou même de certaines *classes* de personnes ne se rapporteront qu'aux *formes* et aux *modalités* déterminées, sous lesquelles la revendication encore reconnue possible de *catégorie déterminée d'obligations* peut devenir valablement propriété individuelle. Elles ne sont donc relatives qu'à l'*acquisition* et non pas à l'*existence* des droits telles que nous l'entendons. Ainsi des lois telles que le *Sc. Macedonianum* ou *Vellejanum,* même lorsqu'elles sont vétablement prohibitives (ce qui n'est pas le cas pour cette dernière, puisqu'il était permis aux femmes de renoncer, dès l'acte de garantie, à la protection de ce sénatus-consulte) ; en un mot toutes les lois relatives à l'*aptitude d'agir personnelle* ne peuvent jamais atteindre des contrats antérieurs. De même quand une loi abolit l'héritage ou le droit d'hériter de certains objets déterminés, elle ne saurait agir sur des héritages déjà acquis. En fait, l'héritage n'est qu'un titre déterminé d'acquisition à la propriété d'un objet par la continuation de l'identité des personnes après la mort. La propriété de cet objet peut encore être acquise par d'autres actions, par l'achat, l'occupation, l'usucapion, etc.

Mais quand une loi abolit le droit de propriété en général ou la propriété de certains objets, il en résulte tout naturellement, sans qu'il y ait pour cela rétroaction, que tous les objets acquis antérieurement, soit par succession, soit par achat ou par un autre moyen, cessent désormais d'appartenir à l'individu. Car la loi a retiré à ces objets la susceptibilité d'être possédés en propre. Or, toutes les lois relatives aux fidéicommis, aux charges féodales, aux rentes non rachetables, etc.., que nous avons précédemment analysées, sont des lois refusant à un droit déterminé le *titre*

de propriété individuelle. Nécessairement elles entraînent l'abrogation immédiate de semblables droits, même s'ils ont été acquis par des contrats antérieurs. Une loi interdisant les substitutions fidéicommissaires se ramène à une loi qui retire au testateur propriétaire du bien le droit de limiter, par un ordre de succession gradué (1), la liberté qui appartient à des générations ultérieures de disposer de leurs biens pour le cas de mort ou entre vifs, de limiter aussi les prescriptions des lois ultérieures relatives à l'héritage *ab intestat.* Elle nie que le droit à une semblable disposition puisse être la propriété légale d'un individu. Et ainsi elle enlève le caractère de propriété à un droit possédé antérieurement en propre : elle le met *extra nostrum patrimonium,* c'est-à-dire en dehors de la sphère où la volonté individuelle est souveraine, et lui retire ainsi la capacité de pouvoir jamais être possédé.

Une loi qui prohibe les droits d'origine féodale, nie, comme nous l'avons vu, qu'un droit à la souveraineté sur d'autres personnes ou sur leurs biens puisse devenir propriété individuelle.

Une loi qui interdit l'irréductibilité de corvées, de redevances en nature ou en argent, nie, au fond, que la limitation du libre arbitre humain, produite par l'obligation de l'individu à des actions perpétuelles d'une nature déterminée, puisse devenir la propriété légale d'un autre individu. Pour cette raison, c'est-à-dire parce qu'elles *refusent* à un droit jusqu'alors possédé le titre de *propriété privée,* lui enlevant la capacité d'être *possédé en propre* (2), ces lois doivent agir,

(1) Ou par la transmission de la propriété à des générations qui ne sont pas encore nées ; v. au sujet des fidéicommis du droit allemand, III, et applications, II B.

(2) Si paradoxale que paraisse cette affirmation à première vue, il n'en est pas moins vrai que *l'évolution du droit à travers l'histoire* représente une limitation de *plus en plus grande de la propriété privée.* Quiconque voudrait écrire l'histoire de l'évolution historique du droit devrait s'appuyer sur cette idée maîtresse. Voilà qui n'a pas encore été tenté jusqu'à présent. Et si on n'a pas encore pu le

sans distinction, sur tous les droits et contrats existants.

Il se dégage de tout ce qui a été dit jusqu'ici qu'il est né-

faire, c'est parce qu'on se laisse abuser par la nature dialectique des conséquences, au lieu d'étudier la question en elle-même. Ainsi l'on considère toujours l'abolition des fidéicommis comme un accroissement de la *liberté de la propriété*, comme la suppression de ses limitations. Ce n'est là qu'une conséquence de fait, qui n'a ce caractère que pour ceux qui la désirent. Mais en réalité c'est, comme on vient de le voir, une *abolition* de la liberté du propriétaire de disposer de telle ou telle façon de sa propriété : c'est donc une *restriction* du droit de propriété. Ou bien l'on considère la période et le règne de la *libre concurrence* comme ayant donné à la propriété son entière liberté et son véritable développement. On la qualifie de « liberté illimitée de la propriété ». Voilà une conséquence réelle qui, en vertu de la dialectique de toutes les déterminations conceptuelles existe et est indéniable. Mais, considérée en elle-même, l'avènement de la libre concurrence et la suppression des monopoles et des corporations repose sur cette idée qu'un droit *exclusif* à l'exercice d'un métier ou du commerce, c'est-à-dire qu'un droit empêchant d'autres personnes d'entreprendre des actions permises en elles-mêmes, ne peut pas être la propriété privée d'un individu. Quelque contradictoire et paradoxale que puisse paraître cette idée d'après laquelle la restriction de la propriété est une loi de l'évolution historique du droit, on peut néanmoins la confirmer par un examen attentif et détaillé : cet examen, nous ne le ferons pas ici ; nous nous contenterons de quelques considérations superficielles.

Il est naturel qu'au début de l'histoire, l'homme tende les mains vers tout ce qu'il voit et se l'approprie. Il ne connaît pas de limite à son bon plaisir. Ce n'est que plus tard qu'il arrive à connaître toujours mieux cette limite. Le fétichiste brise encore ses idoles quand elles ne font pas ce qu'il veut ; il traite donc ses dieux eux-mêmes comme son bien propre. Les *sacra* furent de bonne heure soustraits à l'arbitraire privé ; mais l'homme resta pendant longtemps encore la propriété d'autres hommes. La vie du vaincu devient la propriété du vainqueur et ce droit de propriété se maintient longtemps encore, d'abord absolu, puis relatif, sur l'esclave. L'épouse est une propriété ; elle est achetée (cf. la *coemptio*, la *conventio in manum*, etc.). Les enfants sont la propriété du père qui peut dans l'ancien droit disposer de leur vie, et le débiteur insolvable devient la propriété du créancier.

Le droit de disposer de la propriété est lui-même vis-à-vis de la famille le droit illimité de la déshériter. Les lois sur la portion

cessaire que le droit que l'on veut prohiber, à condition qu'il soit considéré dans ce qu'il a de *strictement particulier*

légitimaire dans les legs et les dons, qui naissent peu à peu, sont autant de restrictions et de suppressions de droits de propriété. L'esclavage s'atténue et devient le servage ; la propriété sur la vie d'un homme n'est plus que la propriété de son travail pendant toute sa vie, un droit à l'utilisation de sa force jusqu'à sa mort. A son tour le servage s'atténue ; il devient une corvéabilité à différents degrés, c'est-à-dire que le droit de propriété sur le travail total d'un autre homme disparaît et n'est plus que le droit de propriété sur une utilisation spéciale du corvéable et sur une partie déterminée de son énergie et de son temps, ce qui lui permet de pouvoir acquérir aussi pour son propre compte. Le *jus primæ noctis* est déjà la suppression du droit constant de propriété sur le corps de la femme esclave : ce droit se limite désormais à sa virginité. Le Moyen Age est précisément la période où, l'*esclavage* étant aboli, la *volonté humaine* peut devenir *propriété privée, sous ses trois aspects essentiels* (généralité, individualité, particularité). Premièrement, la généralité de la volonté ou la *volonté publique* est *propriété privée* aux degrés les plus divers ; elle l'est dans les droits de souveraineté attachée à la propriété foncière, dans les multiples privilèges des différentes castes et classes ; dans les fonctions publiques obtenues par héritage ou par achat ; c'est la période où, selon la très juste expression d'un historien français du droit, « la propriété féodale avait la prétention de tout embrasser, l'air et l'eau, les affaires publiques et religieuses », où les princes vont jusqu'à désigner leurs successeurs par testament (cf. par ex. les testaments dans SISMONDI, *Histoire des Français*, VII, 328 sqq., et dans les preuves de l'*Histoire de Lorraine*, par DOM CALMET, III, 277 sqq.) Deuxièmement, c'est la période où la *volonté individuelle* est propriété privée de la *dépendance personnelle*, sous toutes les formes grossières du servage et de la corvéabilité, ou même des hommes personnellement libres. Ainsi le droit de décider qu'une héritière du fief, ou même un successeur mâle, pourra se marier, fera partie de la propriété du suzerain. Troisièmement, chez l'*homme libre*, la particularité de *sa volonté* (à quelle occupation et à quel métier il peut se livrer, où il peut vendre et acheter) est la propriété privée d'autres hommes, par l'organisation des *monopoles* et des *corporations*, des *banalités*, etc... Ainsi, dans ses trois aspects essentiels, la *volonté* humaine est propriété privée : voilà le *caractère* du Moyen Age au point de vue de la *philosophie du droit*.

Puisque la volonté apparaît sous ses trois aspects essentiels comme objet de propriété, l'on peut dans ce système étendre la

au point de vue juridique, ne doit nécessairement pas pouvoir continuer à être acquis par *aucun acte de volonté indi-*

propriété sur tout *ce qui est possible,* et par conséquent l'*absence de liberté est totale.* Et c'est précisément parce que toutes les choses possibles, voire la volonté elle-même, peuvent être possédées, que le droit de propriété est caractérisé par sa division spécifique. Dans le droit romain où l'individualité est exclusive, aucun droit sur une chose, même admissible en lui-même, ne peut être un droit de *propriété*, s'il a d'abord besoin de passer par la *volonté individuelle d'un autre individu, du propriétaire de cette chose, et de la soumettre.* De semblables droits ne représentent à Rome que des *droits personnels.*

Ici, au contraire, au Moyen-Age germanique, précisément parce que la libre volonté humaine peut être l'objet de propriété, tout droit peut devenir propriété réelle qui doit être transmis par la volonté d'un autre propriétaire et se soumettre celle-ci. Les nombreuses et vaines tentatives des germanistes pour concilier la notion de propriété germanique avec celle des Romains, leurs pénibles et malheureux efforts pour arriver à saisir la première, leurs aveux d'après lesquels celle-ci est une « contradiction dans les termes », tout cela est sans valeur, car, inconsciemment, ces germanistes partent toujours de la notion du droit de propriété romaine indivisible et de la notion du *libre arbitre individuel des Romains.* Aucun d'eux n'a compris cette chose si simple pourtant, que, si l'on veut déterminer la *notion de propriété* d'un *peuple*, il faut au préalable remonter à la *notion de volonté* de ce peuple et étudier *celle-ci.* Aucun d'eux ne s'est rendu compte que la *notion de volonté* est *différente* chez les différents peuples : elle varie avec l'*esprit historique* de chacun de ces peuples. Car s'ils s'en étaient rendu compte, ils auraient également songé à ce trait caractéristique des anciens Germains dont Tacite fait déjà mention : les hommes libres pouvaient disposer de leur liberté elle-même (*Germ.* c. 24), tandis que les Romains ne pouvaient pas aliéner leur liberté et devenir esclaves de leur plein gré. « Conventio privata neque servum quemquam, neque libertum alicujus facere potest » l. XXXVII, *de lib. caus.* (40,12). Rien n'est plus instructif et plus caractéristique que l'étonnement manifesté par le Romain en voyant un Germain qui a aliéné sa liberté au jeu, souffrir, quoique plus jeune et plus robuste que son adversaire, que celui ci l'enchaîne et le traite en esclave : « quamvis juvenior, quamvis robustior, adligari se ac venire patitur ; *ea* est in *re prava pervicacia — ipsi fidem* vocant », « tant leur ténacité est grande, même dans une *mauvaise cause*, mais *eux* appellent cela *fides*, de la *fidélité aux enga*

viduelle, quoique la loi prohibitive puisse agir sur les droits déjà existants et fondés sur des actions individuelles.

gements contractés », ajoute-t-il, paroles qui, grâce à la contradiction qu'elles impliqnent, éclairent pour nous la psychologie de l'esprit germanique, en même temps que son évolution juridique et son histoire politique. Car, si la notion germanique de volonté est *telle*, que l'arbitraire individuel soit en droit de disposer de son *propre libre arbitre individuel dans sa totalité* et *d'en faire la propriété d'un autre*, il est clair qu'il peut aussi bien en disposer d'*une partie*, d'*une action de volonté déterminée*, et en faire la *propriété* légale d'une autre volonté individuelle. Ce n'est donc pas seulement l'exploitation d'un bien-fonds appartenant à un propriétaire étranger, exploitation où la volonté du propriétaire intervient toujours et qui est caractérisée comme un droit personnel dans le droit romain; c'est *aussi le mode déterminé de cette exploitation* par le créancier qui peut devenir ma propriété *réelle* à tout jamais. Et ainsi la propriété directe et la propriété *indirecte*, la propriété de la chose et celle de son exploitation se différentient sous des formes multiples qui entravent les progrès économiques et industriels.

Comme nous l'avons déjà vu par l'analyse de quelques-unes de ses lois importantes, la Révolution française marque l'*abolition* de cette propriété privée sur la volonté humaine sous ses trois aspects essentiels.

Tout grand progrès de la civilisation consiste du reste à restreindre l'étendue de la propriété. Il n'est pas, croyons-nous, nécessaire de répéter ici que nous prenons le concept de propriété dans son véritable sens, en tant que propriété privée *exclusive* de tel *individu* en particulier. Ce qui appartient à l'individu en tant que tel, à *tout individu sans distinction*, n'est plus *propriété*, chose que savaient déjà les Romains; et ici apparait de nouveau l'identité des caractères conceptuels essentiels, la *particularité* et la *généralité*.

Nous ne nous écarterons pas de notre sujet en remarquant que, si l'on a coutume de désigner la période actuelle sous le nom de période d'*individualisme* et de *libéralisme*, cette désignation est courante, sans être pour cela *justifiée*. Le *véritable individualisme* combattrait non seulement les institutions existantes, mais encore les tendances du prétendu *libéralisme* (que l'on songe, par exemple, à l'attitude de Fichte). Ce n'est pas contre le point de vue individualiste que les courants profonds de notre époque viennent se heurter en remous tourmentés — le point de vue individuel comme celui de la *généralité* ne leur est pas contraire; — c'est contre celui du *particulier* que nous a légué le Moyen Age et que nous avons

La raison en est simple. Si ce *même droit* ne peut continuer à être acquis par aucun autre acte de volonté, c'est que la

conservé comme un nœud dans notre substance. Car ce point de vue particulier devient entrave quand il prétend agir en dehors de la sphère qui lui est, à lui aussi, conceptuellement assignée. Le libéralisme ne veut *jamais* pour l'*individu* les droits qu'il veut, les droits politiques comme le droit d'électeur, les droits sociaux comme le droit à la liberté du travail ; il les veut toujours pour l'*individu* en tant que se trouvant dans une *situation particulière*, pour l'individu qui paie tant et tant d'impôts, qui possède tel ou tel capital, etc... Bref, il les veut toujours pour le *particulier*.

Actuellement, l'Europe se trouve en présence de deux questions intéressantes touchant la propriété.

Le despotisme oriental et la monarchie absolue européenne se distinguent déjà d'une façon générale au point de vue juridique, en ce sens, qu'en Orient, les droits privés de l'individu sont la propriété du souverain, dans l'Europe, les choses seules qui relèvent de la volonté publique sont la propriété plus ou moins exclusive d'une famille déterminée.

Or, politiquement, l'Europe va avoir à empêcher que la volonté publique d'une nation *devienne la propriété d'une seule famille*. Tel est le but déjà atteint en France, non seulement dans les principes de la Révolution, mais encore, en dépit des multiples apparences contraires, dans la réalité. C'est ainsi que, depuis soixante-dix ans, il n'y a plus de dynastie royale en France, en outre, même les despotes y sont forcés de reconnaître que le titre de leur souveraineté n'est pas entre leurs mains une propriété, mais qu'ils le tiennent du peuple : enfin, ils sont obligés de représenter, même à l'étranger, ce principe, que la volonté publique d'une nation ne saurait être la propriété d'une seule famille (principe de nationalité).

Cette question se pose en Allemagne sous une forme beaucoup plus intéressante. Ici, en effet, ce n'est pas seulement la volonté du peuple, mais, comme *le peuple allemand n'existe pas*, c'est le droit au morcellement de l'esprit national que l'on prétend être la propriété de plusieurs familles !

Au point de vue social, le monde est actuellement en face de la question suivante : aujourd'hui que la propriété immédiate sur l'activité d'un autre homme n'existe plus, la propriété à une exploitation *médiate* de l'homme doit-elle encore exister? La libre activité et l'exercice de la force productive des individus doit-elle être l'exclusive propriété privée du propriétaire de la matière première et du capital ; et l'entrepreneur peut-il, comme tel, et réserve faite de la rémunération due à son travail intellectuel, être propriétaire du

prohibition de la loi n'est nullement dirigée contre le *droit lui-même*, qui peut continuer à être acquis, mais contre ce

travail d'autrui par une prime capitaliste. Un profit capitaliste est formé de la différence entre le *prix de vente* du produit et la somme des salaires et rémunérations de tous les travaux même intellectuels qui, d'une façon quelconque, ont contribué au produit.

Le mot « émanciper », appliqué aujourd'hui à toute aspiration vers la liberté, n'est pas très clair : il devient au contraire très net, si on l'entend rigoureusement dans son sens primitif : *e mancipio, affranchis de la propriété*. L'on vient de voir très brièvement que l'évolution du droit à travers l'histoire se résume en une restriction de la sphère de la propriété. On pourrait le démontrer rigoureusement et en détail en étudiant d'une façon critique les lois et les faits *économiques* et *juridiques* des différentes périodes de l'histoire. Mais, dès maintenant, la loi que nous avons énoncée doit cesser de paraître paradoxale ; il doit être clair, à présent, que ce rétrécissement progressif de la sphère de la propriété privée n'a d'autre cause que le *développement de la liberté humaine* et n'a trouvé là que sa réalisation externe. Nous avions déjà dit un mot à ce sujet à la page 224. Nous y avions remarqué que le développement positif de l'idée de liberté doit avoir pour conséquence qu'une partie de la volonté humaine, considérée auparavant comme aliénable, devient, dans une progression toujours croissante, une volonté *inaliénable* [c'est pourquoi elle est à présent considérée comme découlant de l'idée morale et du droit *public* et est réglée par des lois *absolues*, coercitives] ; en sorte qu'à présent, cette partie de la volonté antérieurement aliénable ne peut pas continuer à *être* ou à *rester* aliénée, soit par une transaction volontaire, soit par des faits tels que la guerre, la naissance, la race, le métier, etc... Il est de toute évidence que nous sommes ici en présence d'un *accroissement* de la liberté humaine ; car, ce qui est ici restreint et limité, c'est l'arbitraire de l'individu ou d'autrui — qui consiste à *nier* ce qu'il y a de positif dans la liberté. Mais, quant aux rapports des particuliers entre eux, c'est justement ce *développement* et *accroissement de la liberté* qui doit s'exprimer comme une restriction à ce qui peut être soumis à la *souveraineté exclusive* d'individus particuliers et qui, par conséquent, doit apparaître et apparaît réellement, ainsi que nous l'avons montré, comme une *restriction de la propriété privée*.

Sur le terrain *économique*, nous constatons une tendance parallèle dans le même sens. Les facteurs de la production et les *produits* eux-mêmes cessent, dans une proportion croissante, d'appartenir à la *sphère de la propriété économique*, d'être *achetables*, pour

mode particulier d'acquisition. Cette loi fait donc partie de la deuxième catégorie de lois prohibitives que nous avons distinguées plus haut ; puisque ces lois n'enlèvent pas à un droit l'aptitude de devenir propriété individuelle, elles ne peuvent pas non plus agir sur cette propriété déjà acquise, par quelque acte de volonté que ce soit (v. plus haut p. 267 sqq.).

Admettons par exemple qu'une loi fixe la majorité à 24 ans, mais décide en même temps qu'à partir de 20 ans l'on peut devenir majeur soit par le mariage, soit par l'établissement en dehors de la maison paternelle. Or, une nouvelle loi vient à paraître qui permet d'acquérir la majorité par le mariage, passé l'âge de 20 ans, en même temps qu'elle s'oppose à cette acquisition par l'établissement indépendant. Cette loi a beau être interprétée dans le sens le plus prohibitif, elle ne peut agir sur ceux qui ont déjà acquis la majorité de cette deuxième façon. Car, comme elle laisse subsister l'acquisition par le mariage, l'*action* exercée par la loi sur la majorité de ceux qui se sont établis serait une rétroaction sur l'*action particulière* par laquelle ils ont acquis leur majorité.

Si, par contre, le législateur part de cette idée que la capacité d'agir obtenue par la majorité ne doit être qu'un produit de la maturité de la raison à laquelle on arrive à un *certain âge*, et ne peut par conséquent être acquise, avant cet âge, par aucun acte de volonté individuelle, une semblable loi pourra retirer aux hommes de 20 ans, déjà mariés ou établis, la majorité dont ils jouissaient jusqu'alors. Il n'y aura pas ici rétroaction, parce que la nouvelle loi n'admet pas que le droit de majorité *puisse être acquis*. Car, comme nous l'avons déjà remarqué (p. 86), puisque l'âge

devenir gratuits, pour appartenir à la communauté (par la réduction du prix de vente au prix de revient et par la diminution constante des frais de production). Cette idée fondamentale est très juste en elle-même : dans ses *Harmonies économiques*, Bastiat, à qui manquait l'intelligence critique des catégories économiques, l'a développée dans un sens trop spécial et totalement erroné.

n'est pas le résultat d'un acte de volonté, le fait d'atteindre cet âge ne constitue pas une acquisition mais une simple *échéance*; l'individu *n'acquiert pas* ici une propriété; c'est la loi qui lui confère un droit.

Mais ceux qui ont acquis la majorité par des actions individuelles, ne peuvent pas prétendre en jouir *plus longtemps* que le législateur la juge capable d'être acquise (1).

Quant à la *raison* pour laquelle les lois prohibitives de la première catégorie doivent agir immédiatement (raison dont la diposition réelle ci-dessus qui veut que toute loi prohibitive, si elle permet à un droit d'être acquis par d'*autres* actes de volonté, fasse partie des lois prohibitives de la *deuxième* espèce, n'est qu'une application), loin d'être une raison logique extérieure, elle n'est que la *conséquence rigoureuse* et *systématique* de *notre théorie tout entière*. Elle n'est pas autre chose que la distinction donnée d'une *façon nécessaire* par la *notion du libre arbitre individuel elle-même* dont nous avons jusqu'à présent fait sortir toute notre théorie.

En effet, si l'abrogation d'un droit stipulé ne constitue pas une violation du libre arbitre, une transformation d'une action individuelle, parce que *logiquement* et *juridiquement* la volonté et l'action ne peuvent, en vertu de la *nature* de la substance juridique elle-même, acquérir et assurer un droit à l'individu que pour la *durée* où ce droit sera reconnu comme *possible* et ne sera pas absolument exclu par la conscience juridique générale, si donc l'action n'est pas dénaturée ici, mais simplement *ramenée aux li-*

(1) Voilà qui complète ce que nous avons dit au § 1 (pp. 84-90). Le simple déplacement de l'âge naturel de la majorité ne change donc *rien* à la majorité de ceux qui sont déjà déclarés majeurs, tant qu'une façon quelconque d'acquérir la majorité avant l'âge naturel, par des actes ou par une déclaration du tuteur, etc... reste légalement permise. Inversement, *sans* que le terme de la majorité soit modifié, l'on peut retirer ce droit à tous ceux qui l'ont acquis par des actions, si le législateur pense qu'un semblable droit ne peut pas être possédé avant un certain âge.

mites primitives de son efficacité, l'application des lois prohibitives de la deuxième catégorie à des droits acquis par des actes de volonté individuelle constituerait une véritable transformation de la nature d'actions individuelles et impliquerait par ce fait une rétroaction absolument inadmissible.

Car les lois prohibitives de *cette* espèce ne suppriment pas un droit, ne le déclarent pas incapable de devenir propriété individuelle. Au contraire, elles laissent ce droit subsister et continuer à être acquis par des actes de volonté individuelle ; elles se bornent à déclarer *certains actes déterminés* de volonté incapables d'acquérir ce droit. De semblables lois prohibitives se réduisent à un jugement négatif de l'esprit sur la validité et l'efficacité de *certaines actions particulières*. Mais si l'individu est obligé de soumettre la *durée* du droit acquis au jugement prohibitif de l'esprit général, il est par contre logiquement impossible qu'il soumette l'*action déterminée par laquelle il a acquis* ce droit à une *norme différente* de celle qui existait au *moment* où il a accompli cette action. Tant que ce droit *déterminé qualitativement* pourrait encore être acquis par d'autres actes de volonté, l'individu pourrait donc, à juste titre, reprocher à la loi de rétroagir (v. p. 67 et 246 sqq.). Il pourrait alléguer que s'il avait su ce qui arriverait, il se serait approprié ce droit sous une *forme* et dans des *conditions* encore permises par la loi. Il pourrait donc se plaindre de la violation de sa liberté et de sa responsabilité d'homme ; pour les raisons qui ont été exposées, ce reproche ne serait pas fondé, si ce droit qualitativement déterminé ne pouvait plus être acquis par *aucun* acte de volonté. Il est fondé ici parce que la prohibition ne vise aucunement le *droit* lui-même, mais l'*action particulière*. Il est fondé parce que l'action, par laquelle le droit s'acquiert, est une action *momentanée*, qui ne dépend de la conscience juridique de tout le peuple que pendant son exécution et qui, par conséquent, n'est soumise qu'aux lois prohibitives du moment, tandis que le *droit lui-même*, en tant que *durable* pour tous les temps,

reste soumis aux lois prohibitives de toutes les époques.

Il résulte en même temps de la distinction conceptuelle que nous avons faite, et d'une façon générale de la raison conceptuelle qui justifie l'action des lois prohibitives, que celles-ci suppriment le droit prohibé, à partir de l'époque de leur *publication*, que, partant, toutes les *conséquences juridiques antérieures* à la loi conservent leur plein effet. Leur suppression impliquerait nécessairement une rétroaction ; car l'individu ne s'est soumis, et ne devait se soumettre à la *non-existence* de son droit qu'à partir du jour où la conscience juridique l'excluait.

C'est à présent seulement que la théorie de l'action des lois absolues nous apparaît dans son *développement complet*. Désormais nous aurons partout à déterminer si une loi prohibitive peut ou ne peut pas modifier des situations de droits existantes. Pour ce faire, nous n'aurons qu'à examiner attentivement le droit *qualitativement déterminé* en question, examen qui nous permettra de reconnaître si une nouvelle loi exclut ou n'exclut pas un droit de la sphère de la propriété privée et si par conséquent elle peut agir ou non.

Considérons tout d'abord quelques lois prohibitives n'agissant pas sur les contrats existants.

Quand une loi sur la *læsio enormis*, en matière de vente, entre en vigueur dans un pays où cette loi n'existait pas antérieurement, même si elle constitue une véritable loi prohibitive (c'est-à-dire si elle déclare sans effet le renoncement à la plainte), elle n'est pas applicable aux ventes contractées antérieurement. Le droit à l'aliénation irrévocable et à la propriété irrévocable du prix d'achat n'est pas supprimé ; il peut être acquis comme par le passé. Mais on a établi des conditions de proportionnalité entre la somme d'achat et la valeur de l'objet. Et ainsi la loi prohibitive ne vise que la validité de l'objet de l'action particulière qui, dans le cas donné, acquiert ce droit, et n'agit par conséquent pas sur des actions antérieures (1).

(1) Nous voyons ici une confirmation de ce qui a été dit plus

Quand une loi, comme par exemple l'art. 1341 du Code Napoléon, exclut la preuve testimoniale en matière de créances excédant une certaine somme (1), une semblable loi ne fait que prescrire des conditions pour l'acte d'acquisition et, partant, ne vise pas les obligations nées d'actions antérieures. Ou bien, si l'on considère, d'une façon plus précise et plus juste, le droit en question de l'individu comme un droit à la preuve testimoniale, l'on devra dire que ce n'est pas *toute preuve testimoniale* dans ce domaine juridique qui par cette loi est déclarée inadmissible et est prohibée (comme c'est le cas, par exemple, quand la loi prescrit que la preuve de la paternité doit être interdite). Au contraire, la loi reconnaît cette preuve quand il s'agit de sommes *inférieures* à un certain montant, ou quand il ne s'agit pas d'obligations, ou enfin quand le créancier n'a pu se procurer une preuve écrite, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure (Code, art. 1348). Ainsi, il *existe* encore un *droit à la preuve testimoniale* en matière de *créances* ; seules, des *actions particulières* par lesquelles ce droit a été acquis jusqu'alors, sont exclues.

haut (pp. 107-112) : si la loi sur la *læsio enormis* existait au moment où l'achat a été contracté et est supprimée plus tard, cette suppression ne constitue pas une prohibition. Car rien n'empêcherait les vendeurs de stipuler cette condition dans l'acte de vente. Et la loi antérieure continuerait à agir sur les contrats de vente antérieurs en qualité de condition tacite.

(1) Du reste, beaucoup de juristes et de jugements des tribunaux français ne considèrent pas cette loi comme prohibitive, puisque, d'après eux, la preuve testimoniale est admissible avec l'*assentiment* de la partie adverse ; cf. les jugements de la Cour d'appel de Bourges, du 16 déc. 1826 ; de Rennes, du 26 févr. 1841 ; de Bordeaux, du 16 janv. 1846. DURANTON, XIII, n° 308. CARRÉ et CHAUVEAU, *Lois de la proc.*, qu. 976. — L'opinion contraire est représentée par Merlin, *Répert.*, v° Preuve, sect. II, § 3, art. 1, n° 29. TOULLIER, IX° partie, n° 36 sqq. BRODEAU sur Louet, D , § 3, etc...

Nous ne saurions assez répéter que l'exclusion absolue de tout arbitraire privé, même quand les parties sont d'accord, constitue l'unique caractère distinctif de toute loi absolue (prohibitive ou coercitive). Toute autre loi demeure une loi régulative, médiatrice.

C'est précisément parce que la prohibition ne vise que l'acte particulier d'acquisition et non l'existence du droit et sa possibilité générale, que la loi ne peut pas agir sur des acquisitions antérieures de ce droit.

Mais supposons le cas, presque impossible en lui-même, qu'il faut néanmoins imaginer pour l'éclaircissement et la confirmation de cette théorie, à savoir qu'un Code, exagérant les principes des frères moraves qui considèrent comme contraire à la religion le serment, interdirait *toute espèce de preuve testimoniale* en matière civile.

Il est évident que le droit à la preuve testimoniale devrait indubitablement disparaître aussi relativement à des prêts d'argent antérieurs. Le droit à la preuve testimoniale est désormais aboli, d'une façon générale ; or l'individu ne peut l'exercer et le posséder que tant qu'il peut être, d'après la loi, la propriété de l'individu. Et ceux qui sont devenus créanciers, sans établir de preuves écrites avant la publication de cette loi, n'en souffriraient pas davantage que ceux qui sont devenus créanciers après cette publication, mais se trouvent dans l'impossibilité de fournir aucune preuve écrite de leur obligation (par exemple dans les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits, les dépôts d'argent nécessaires). Un créancier, qui a consenti un prêt d'argent *avant* la publication de la loi qui exclut la preuve testimoniale, n'avait aucune *raison* pour se procurer une preuve écrite ; c'est pourquoi il peut tout au plus être traité comme celui qui n'était *pas en état* de fournir cette preuve, et lui être assimilé. Mais comme à présent tous ceux qui se trouvent dans l'*impossibilité matérielle* de fournir une preuve écrite, même ceux qui sont devenus créanciers après la publication de la loi, ne peuvent plus recourir à la preuve testimoniale, les créanciers plus anciens que la loi se confondent avec ces *derniers*, et le reproche de rétroaction, de violation faite après coup au libre arbitre de l'individu particulier, n'est aucunement fondé.

Admettre qu'une semblable loi abolissant toute preuve testimoniale doit agir également sur les obligations contrac-

tées antérieurement, — et il sera impossible de ne pas l'accorder, — ce sera reconnaître tous nos développements sur la théorie des lois prohibitives.

Assurément l'exemple que nous avons supposé est presque impossible en lui-même. Il n'en est pas moins probant. Au surplus, cette supposition abstraite n'était destinée qu'à servir de transition pour passer à l'exemple concret suivant qui est de *nature absolument semblable.* En effet, il est évident que les choses se passent de la même façon quand une loi abolit, par exemple, l'*aptitude à témoigner* pour autrui, à partir d'un *certain degré de parenté*. Ici le droit à la preuve testimoniale continue à subsister. Mais, ce qui est aboli, c'est le droit au *témoignage* d'un parent à *tel ou tel degré.* Ce *droit déterminé* est supprimé ici et ne peut par conséquent pas continuer à être exercé pour ce qui est de prêts d'argent ou de contrats antérieurs. Il est possible qu'en accomplissant l'action sur laquelle est fondée sa réclamation l'intéressé n'ait justement eu ou n'ait pris comme témoins *que* de semblables parents (ou d'autres personnes auxquelles la nouvelle loi refuse le titre de témoins). Et ainsi, par le fait que la qualité de témoin est à présent retirée à des personnes au témoignage desquelles il avait *antérieurement droit,* il se trouve dans l'impossibilité de faire la preuve. Et néanmoins l'on ne saurait prétendre que la loi rétroagit. Sans doute, le droit de l'individu au témoignage d'autres personnes n'est qu'un droit *conféré par la loi* et non un *droit acquis*. Mais il y a mieux. En effet, ce droit peut avoir été *acquis* par de multiples actions, par exemple par un contrat ou par le fait que la plainte avait déjà été déposée, que le témoin avait déjà été désigné et que son audition avait déjà été ordonnée par les juges. Et néanmoins, si la nouvelle loi prohibitive est publiée avant que cette audition soit terminée, on ne saurait entendre désormais le témoin.

La raison systématique en est, comme il résulte déjà de la distinction des cas, que le droit à cette preuve testimoniale a cessé d'exister d'une façon générale, et non pas

relativement à certains actes de volonté particuliers (1).

Passons à présent à quelques cas au sujet desquels les législations et la théorie des écrivains juridiques contemporains sont en complète contradiction. Cette contradiction s'explique aisément. En effet, les législations, obéissant au sentiment immédiat du droit, ont pris, sur ce point, des

(1) Si l'on veut maintenir, d'une façon conséquente, la théorie de Savigny, il faudrait admettre le contraire, ce qui est évidemment impossible (ce qui néanmoins a souvent été fait). Pour toutes les lois sur les motifs de *récusation des témoins*, les choses se passent comme dans le cas que nous venons d'examiner. Si une loi donne à la *partie* le droit absolu de récuser un témoin en de certains cas, une semblable loi ne se distingue en rien de la loi ci-dessus. Elle agit *prohibitivement* sur le droit qui appartient à la partie adverse de faire entendre un semblable témoin. Mais si la loi laisse le juge libre de décider si le témoin récusé sera entendu ou non, on est autorisé à contester le caractère prohibitif de cette loi, quoiqu'elle supprime le droit, *absolu* auparavant, de la partie à l'audition du témoin (ou à la lecture de sa déposition) et ne le fasse dépendre que de la décision du juge. Mais il ne faut pas oublier que le caractère *prohibitif* de la loi n'est exigible que quand l'audition des témoins a été ordonnée par décret et qu'elle est devenue, par ce fait, un *droit acquis*. Jusqu'au moment où paraît ce décret, la loi établissant quelles catégories de témoins peuvent être entendues, est une chose indépendante d'un acte de volonté individuelle ; c'est un droit purement *légal*, qui, par conséquent, peut être modifié par tout changement dans la législation. Voilà qui n'a pas toujours été compris. Ainsi, deux jugements de la Cour d'appel rhénane de Cologne, du 15 juillet 1822 et du 12 avril 1844 (*Archives rhénanes*, VII, 1, 198 et XXXVII, 1, 81) reconnaissent à tort que la récusation doit être jugée d'après l'ancienne loi, quand le fait sur lequel le témoin doit être entendu est antérieur à la nouvelle loi. Par un jugement du 28 mai 1844, la même Cour a, par contre, décidé qu'on ne doit tenir compte ici que de la nouvelle loi (XXXVII, 1, 84), sous prétexte qu'il n'était pas question ici de l'admissibilité de la preuve testimoniale en tant que moyen de preuve, mais de l'audition d'un témoin : et, ce sont les prescriptions de procédure qui font autorité à ce sujet. Il est évident que ce raisonnement est un sophisme, car la question des témoins auxquels je puis recourir, n'est pas relative aux *ordinatoria*, mais aux *decisoria litis*. Mais l'arrêt en lui-même se justifie par ce qui a été dit précédemment.

dispositions justes : toute demi-théorie écartant au contraire de la vérité jusqu'à ce qu'une *théorie complète* y ramène, les écrivains juridiques sont dans l'impossibilité de reconnaître la justesse et la nécessité de ces lois.

Justinien avait ordonné par la L. 26 C. *de usuris* (6, 32) publiée en l'an 528, que le taux d'intérêt de 12 °/₀, jusqu'alors permis, devait être abaissé à 6 °/₀. Un an plus tard il fut amené à déclarer expressément par la L. 27 que l'intention de cette loi était de réduire également les contrats d'intérêts conclus *avant* la publication de la loi, au nouveau maximum légal d'intérêt, exception faite toutefois des intérêts *payés* avant cette publication.

Il est évident que, d'après cette théorie, Justinien donne à la loi une efficacité très régulière et conceptuellement nécessaire. — Ici la prohibition est totale. Désormais le droit à des intérêts supérieurs à 6 °/₀ ne *peut plus être* la *propriété de l'individu*, il ne peut plus le devenir par *aucune espèce* d'acte de volonté. Comme ce droit est exclu de la sphère de la propriété individuelle depuis le jour où la loi a été publiée, comme il ne peut plus être possédé, il cesse également, *eo ipso*, d'appartenir à tous ceux qui l'avaient jusqu'alors acquis par contrat, mais qui ne l'avaient acquis que pour la *durée* où ce droit serait capable de représenter une propriété absolue de la volonté individuelle. Il ne peut être ici question de rétroaction : en effet, d'après notre théorie, tout contrat d'intérêts peut se réduire à la stipulation suivante : « des intérêts à 10 °/₀ par exemple seront *payés aussi longtemps que la loi le permettra ; dans l'éventualité contraire*, l'on aura à payer le *maximum d'intérêts permis par la loi.* »

En même temps Justinien respecte les limites nécessaires de la loi, puisqu'il ne lui permet pas d'agir sur les intérêts échus antérieurement. S'il le lui avait permis, il aurait élargi les limites de la prohibition et serait tombé dans la rétroactivité ; car alors l'efficacité d'actes de volonté individuelle ne serait pas *limitée* jusqu'à l'époque de la publication de lois prohibitives, mais ces actes perdraient l'effica-

cité qu'ils avaient acquise par contrat à l'époque où ces lois prohibitives n'existaient pas ; ainsi, des actions n'auraient pas été *maintenues* dans les limites immanentes de leur validité ; elles seraient dénaturées après coup, dans *ces limites mêmes*.

Savigny qui est obligé, dans sa distinction entre l'acquisition et l'existence des droits, de ranger cette loi parmi celles qui sont relatives à l'acquisition des droits, attaque pour cette raison, à plusieurs reprises, cette loi sur les intérêts, de Justinien. Il la qualifie de loi « étrange et arbitraire » : il y voit une loi d'exception et il l'accuse, de la façon la plus expresse, d'être de nature rétroactive (1).

En cela, Savigny ne fait qu'exprimer le sentiment général des écrivains juridiques qui, avant et après lui, sont unanimes à condamner cette loi (2).

(1) SAVIGNY, VIII, 382-84, 397, 403, 437.

(2) Il s'agit ici aussi bien des juristes français que prussiens. Merlin (*Répert.*, vº Effet rétroact., sect. III, § 3, art. 3, nº 11, t. V, p. 575), s'exprime en ces termes : « Ainsi, comme nous venons de le voir, la loi ne peut pas, en réduisant aujourd'hui l'intérêt conventionnel de l'argent, empêcher qu'un intérêt plus haut, qui a été précédemment stipulé sous une loi qui autorisait, ne continue d'être exigible. » La loi napoléonienne sur les intérêts, du 3 sept. 1807, part du même principe ; cette loi excepte expressément (art. 5) les contrats antérieurement conclus (cf. plus haut, p. 55) ; et quoique cette exception ne vise que les intérêts des simples contrats de prêt, la Cour de cassation de Paris a considéré cette disposition comme découlant des principes généraux du droit en l'appliquant, à propos de la cassation d'un arrêt de la Cour d'appel de Caen, à une rente constituée en céréales, qui représentait un intérêt de 12 à 15 % (Jugem. de la Cour de cassation de Paris du 3 mai 1807 ; cf. les jugements de la même Cour du 5 mars 1834 et du 15 nov. 1836 ; CHABOT, *Quest. trans.*, vº Contrat ; ZACHARIÆ, Ire part., § 30 ; TROPLONG, *Prêt*, nº 357).

Parmi les professeurs du droit romain, il nous suffira de citer : VANGEROW, *Pandekten*, 6e éd. (1851), Ire partie, § 25, p. 68, qui traite la loi de Justinien de « sentence autoritaire », et de « loi exorbitante ; PUCHTA, *Pandekten*, 5e éd. (Leipzig, 1850), § 111, *e*, qui exprime la même opinion. Citons parmi les juristes du droit prussien : BORNEMANN, ouvr. cit., p. 44 : « De nouvelles lois qui em-

Nous pensons avoir pleinement justifié cette loi par notre théorie : elle n'est pas, selon nous, admissible seulement ;

pèchent de promettre des intérêts supérieurs à un certain taux, n'ont, *d'après les principes généraux*, *aucune influence* sur les intérêts déjà convenus » ; Koch, *Allgem. Landrecht*, t. I, p. 13, remarque 25, n° 5, *c* (cet auteur était précédemment d'un avis différent, *Manuel*, Ire partie, § 36 et 37) ; cf. Holzschuber, *Theorie der Casuistik*, 2e éd. (Leipzig, 1856), p. 48, n° 12.

Cette unanimité des juristes modernes nous imposait de donner à nos développements une étendue qui, considérée en elle-même, semblera peut-être exagérée. Ce sentiment général n'est pas partagé par Bœcking (*Einleitung in die Pandekten des röm. Privatrechts*, 2e éd. (1853), 1, 318), et par Scheuerl (*Beiträge*, n° VI p., 142). Mais les arguments auxquels ils ont recours, et qui ne satisferont personne, nous imposent d'autant plus de présenter les nôtres avec tout le soin possible. Bœcking ne voit *pas* de rétroaction dans cette loi, pour la raison que des *effets* d'un contrat juridique antérieur, qui ne *se sont pas encore produits*, et qui se seraient produits si la législation précédente avait continué à exister, ne peuvent désormais plus se produire. Mais cette distinction établie déjà en 1811 par Weber, entre les effets d'un contrat juridique antérieur qui ne se sont pas encore produits et ceux qui se sont déjà produits, ne nous avance à rien ; et c'est à juste titre que Savigny la rejette complètement en observant qu'elle est simplement soustraite à l'influence de la *lex de usuris*. Le premier exemple venu nous prouvera combien cette distinction est vaine. Si j'ai conclu un contrat successoral et qu'une loi ultérieure vient à déclarer *nulle* la forme de cette catégorie de contrats ou à interdire à la classe déterminée des individus à laquelle j'appartiens de faire des contrats d'héritage, et que je meure après la loi, le passage de ma propriété dans les mains de l'autre contractant, qui a lieu alors, est également un « effet non encore arrivé » d'un contrat juridique antérieur et ne peut pas néanmoins, sans qu'il y ait complète rétroaction, être empêché par la loi. Ou bien, si je fais une donation sous le régime d'une certaine loi, qui autorise la révocation de la donation pour cause de naissance d'enfants ou pour cause d'ingratitude du bénéficiaire, et qu'une nouvelle loi vienne supprimer ces motifs de révocation : si, dès cet instant, je viens à avoir des enfants ou si le bénéficiaire fait preuve d'ingratitude, la révocation est également un effet d'un contrat antérieur qui ne se produit qu'après la nouvelle loi. Cependant ce serait une rétroactivité flagrante que de couper court à l'instance en révocation (v. p. 208-211). On pourrait donner cent autres exemples. Ce n'est donc pas dans la distinction

mais elle réalise d'une façon nécessaire les exigences conceptuelles de l'idée de droit.

Néanmoins nous allons essayer de la justifier ici, sans tenir compte de notre théorie. Si nous y parvenons et si nous réussissons à démontrer que les objections élevées contre cette loi sont fausses et se contredisent entre elles, une semblable démonstration de la justesse de la dite loi confirmera d'une façon irréfutable et définitive toute notre théorie.

Car si, chose pleinement évidente, notre théorie est loin d'être née sous l'influence de cette loi particulière, il n'en est pas moins vrai que, par la démonstration juridique de la justesse intime de *cette* loi, nous parviendrons à prouver *a fortiori* tout ce qui a été dit dans le présent paragraphe sur l'action immédiate des lois que nous venons d'analyser. La justification de cette loi sera en même temps celle de notre théorie. En prouvant juridiquement la justesse de la loi, on aura donné la *preuve empirique* dernière et irréfutable de la théorie.

Il importerait tout d'abord d'observer que la loi de Justinien ne constitue pas un cas isolé, mais que les législations, dont le sentiment immédiat du droit n'a pas été égaré, comme celui des écrivains juridiques, par des demi-théories, reconnaissent sur cette question les mêmes principes. Prenons les édits prussiens transitoires des années

insoutenable, qui veut que les effets non encore échus d'actes antérieurs puissent être modifiés ou empêchés par une loi ultérieure, c'est par la théorie ci-dessus que la *lex de usuris* trouve son unique et vraie justification. Scheuerl prétend la justifier ainsi qu'il suit : Il accorde ceci : « Si une personne a acquis un certain droit sous le régime d'une règle de droit alors en vigueur, tous les actes, qui consistent simplement dans l'exercice de ce droit, sont des actes licites. » Puis il ajoute : « Toutefois, l'*existence d'un droit* n'empêche pas qu'une règle de droit nouvelle interdise l'*exercice* de ce droit. » Or, qu'est-ce que l'*existence d'un droit* qui ne peut plus être exercé ? Cette règle, en outre, comme le font voir les exemples qu'on a allégués tout à l'heure contre Bœcking, n'ouvrirait pas moins la porte à la rétroactivité la plus crasse.

1814 et 1816 qui ordonnent tous (v. § 13 de la lettre patente du 9 septembre 1814 pour les provinces au delà de l'Elbe, et le § 17 des deux lettres patentes du 9 novembre 1816 pour le grand-duché de Posnanie et les arrondissements de Kulm et de Michelau, le § 13 de celle du 15 novembre 1816 pour les anciennes provinces saxonnes et le § 20 de celle du 21 juin 1825 pour le duché de Westphalie) que :

« Relativement aux taux des intérêts permis, les dispositions du Code prussien et les ordonnances ultérieures s'y rapportant agiraient, à partir du jour de leur publication, de telle sorte que, si dans un contrat antérieur des intérêts supérieurs à ceux que permet la loi prussienne ont été stipulés, le débiteur n'est désormais obligé qu'au paiement des intérêts inférieurs permis par la loi. »

Faisant allusion à ces lois prussiennes qu'il trouve « surprenantes », Savigny (ouv. cit. p. 437) leur reproche de n'avoir pas remarqué : « qu'elles sont en contradiction absolue avec le principe voisin qui soumet les conséquences des contrats aux lois en vigueur à l'époque de leur conclusion ». Savigny aurait pu voir, dans une autre législation, la législation hanovrienne, combien son reproche est peu fondé : celle-ci, en effet, prend au sujet des intérêts les mêmes mesures que les lettres patentes prussiennes dont il vient d'être question : d'autre part elle sanctionne le même principe fondamental relatif aux contrats ; mais elle réduit en même temps à l'*unité* les deux idées. On lit en effet dans l'introduction de cette ordonnance édictée pour le vieux Hanovre : « Les droits privés acquis pendant la période d'interruption (c'est-à-dire pendant le règne de la loi étrangère) par des actes volontaires permis et par des contrats, demeurent *valables*. Leurs *conséquences* et leurs *effets*, en tant que, d'après nos lois, ils relevaient du bon plaisir individuel, et, partant, *ne s'opposaient pas aux prohibitions contenues dans nos lois*, doivent continuer à être jugés d'après le droit étranger ; dans leur interprétation, on doit admettre juridiquement, jusqu'à preuve du contraire, que les parties se

sont appuyées tacitement sur les dispositions de la loi étrangère. » Il est de toute évidence que cette règle confirme l'ensemble de notre théorie : malheureusement, comme elle n'est pas étayée sur un raisonnement systématique, elle n'a pu exercer une grande influence sur les idées juridiques.

La deuxième observation que nous ferons à propos de la loi de Justinien, c'est qu'il n'a *aucunement* eu l'*intention* de faire une loi « particulière et arbitraire ». Il importe ici de jeter un coup d'œil sur la loi en question. Justinien dit dans la L. 27 : « De usuris, quarum modum jam statuimus, *pravam quorundam interpretationem penitus removentes* jubemus, etiam eos qui ante eandem sanctionem ampliores quam statutæ sunt usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis ejus *suas moderari actiones*, scilicet illius temporis quod ante eandem fluxit legem pro tenore stipulationis usuras exacturas. »

Ainsi, dans l'idée de Justinien et de ses juristes, cette ordonnance, loin de représenter une règle exceptionnelle et d'être dictée par des considérations d'opportunité, découle régulièrement et nécessairement des mêmes principes juridiques que la L. 26, à ce point que, selon elle, elle était superflue et n'était devenue nécessaire que par les opinions erronées répandues au sujet de cette loi.

A en croire Justinien et ses jurisconsultes, la L. 26, bien qu'elle n'indique en aucune façon ce qui doit se produire par rapport aux contrats existants, aurait dû tout naturellement avoir cette application. Pour Justinien, toute autre application n'est que *prava interpretatio*. En même temps les expressions *quorumdam interpretationem* et *penitus removentes* semblent devoir indiquer que l'interprétation si durement critiquée par Justinien n'était pas l'interprétation courante, mais celle de certains jurisconsultes, et que la nouvelle loi transitoire ne fut édictée que pour obvier complètement à cet abus. Il reste cependant incompréhensible que Savigny et Bergmann puissent prétendre que le législateur romain a par cette loi pris une mesure exceptionnelle qu'il savait parfaitement non conforme à la règle

générale. Pour expliquer ce décret, il faudrait plutôt croire, selon eux, à une illusion totale de Justinien et de ses jurisconsultes.

Mais ce n'est pas le cas, et nous pourrions même prouver facilement qu'en rejetant cet effet de la loi sur l'usure promulguée par Justinien, Savigny se contredit lui-même de la façon la plus manifeste. Pour faire toucher du doigt ce que nous venons d'avancer, on n'a qu'à se rappeler comment Savigny justifie l'action de la disposition connue de l'art. 340 du Code civil (1) sur les enfants illégitimes nés antérieurement à cet article. Dans ce cas également, la procréation de ces enfants, faite sous une législation qui reconnaissait à la mère et aux enfants certains droits, a fait naître des rapports juridiques individuels et des obligations, qui sont réellement des droits acquis. Et cependant Savigny nous dit (2) : « C'est à tort que l'on a critiqué cette loi, comme si elle contenait une rétroaction incongrue ; c'est également à tort qu'on l'a défendue, comme si son objet propre était l'état des personnes. Il faut chercher sa véritable justification dans son caractère de loi cogente », c'est-à-dire dans ce fait qu'elle découle de motifs moraux, ainsi que Savigny l'a précédemment expliqué.

Nous avons vu qu'il ne suffit nullement qu'une loi soit de nature cogente, pour lui attribuer une influence quelconque sur les relations juridiques établies par des actes individuels ; cette influence ne doit au contraire se produire que si la loi cogente — par exemple la défense de faire la preuve par témoins dans les créances dépassant une certaine somme — se borne à prohiber certaines conditions et certaines espèces d'actions, par lesquelles l'individu pouvait jusqu'alors se rattacher à une teneur juridique, sans qu'elle retranche de la sphère de propriété juridique de l'individu cette teneur juridique qualitativement déterminée, en donnant cette teneur comme étant désormais inaccessible à n'importe quel acte de volonté.

(1) La recherche de la paternité est interdite.
(2) *Loc. cit.*, VIII, 529.

Mais nous allons momentanément faire abstraction de cette différence. Savigny admet donc que cette loi interdisant la recherche de la paternité peut, à cause de son caractère cogent, agir sur des situations juridiques fondées sur des actes individuels. Mais comment se fait-il alors que Savigny n'en dise pas autant des lois sur l'usure ? Est-ce par hasard qu'une loi sur l'usure ne découlerait pas tout aussi bien que n'importe quelle autre de motifs moraux et économiques ? Ou bien serait-elle, de par sa nature, de caractère moins cogent. Savigny est donc d'une inconséquence manifeste (1).

(1) A cette occasion nous devons rappeler une fois de plus et objecter à Savigny que « est cogente toute loi qui exclut totalement les agissements différents du bon plaisir particulier, quels que soient d'ailleurs les motifs, moraux ou autres, dont elle découle ». Si l'on fait des concessions sur ce point, il n'y aura plus ce qu'on peut appeler un concept solide de la loi cogente. Il n'y a donc rien de plus erroné que la distinction faite par Savigny, quand il discute la collision locale des lois (VIII, 34), entre les lois absolues (exclusives du bon plaisir privé) et les lois cogentes : il entend par lois cogentes uniquement les lois absolues qui reposent sur des fondements moraux ou sur des motifs du bien public (*publica utilitas*), quand même leur caractère serait plutôt politique, policier ou économique ; les lois cogentes seraient donc celles qui ont leur racine hors du domaine du droit pur. Mais Savigny ne fait qu'énoncer cette différence ; bien loin de la démontrer, il n'essaie pas même de nous en indiquer la source et la nature spéciale. Il n'est pas possible de comprendre et Savigny n'explique pas davantage pourquoi des lois absolues, exclusives du bon plaisir privé, et qui représentent la conception juridique tout entière d'un peuple, puisent dans le domaine juridique pur la force qui exclut de toute nécessité les écarts de liberté privée. En fait, toute cette distinction est essentiellement caduque. Toute la loi absolue est issue de motifs d'utilité publique ; s'il en était autrement, il n'y aurait, en somme, aucune raison pour exclure les écarts de la liberté privée ; c'est pourquoi les Romains ont eu complètement raison de ranger toutes les lois de ce genre parmi le *jus publicum*. Parmi les lois absolues non cogentes, Savigny énumère : les lois relatives à la limitation de la capacité d'agir en raison de l'âge, du sexe, etc. ; les lois relatives au transfert de la propriété (par simple contrat ou par tradition). Or, les lois sur la capacité d'agir des mineurs ont leur fondement dans

Il est évident enfin que, d'après la formule même de Savigny relative à l'existence du droit, à condition toutefois

la prévoyante sollicitude de l'Etat qui veut empêcher par là qu'il ne soit abusé du défaut de maturité de la raison et que des personnes ne soient réunies avant d'être à même de réfléchir sur la portée de leurs actes ; ces lois ont donc un caractère policier et sont absolument connexes avec des motifs d'intérêt public. Il en va de même pour les dispositions relatives à la capacité d'agir du sexe féminin ; mais, par contre, les lois sur la capacité d'agir des femmes mariées reposent sur la puissance maritale, c'est-à-dire manifestement sur les idées morales au sujet de l'existence et de l'unité de la famille ; en règle générale, toutes les prescriptions légales relatives à la puissance des personnes reposent tout simplement sur des conceptions cogentes du droit public. Les dispositions exigeant, pour le transfert valable de la propriété, une convention écrite ou du moins une tradition simultanée ont, comme toutes les solennités de forme, tout d'abord le but d'exprimer et de garantir l'expression non équivoque de la volonté ; semblables à toutes les dispositions dont le but est d'assurer l'existence de la volonté libre contre toute abolition involontaire, elles reposent sur la conception de la liberté personnelle, qui est, par conséquent, au suprême degré, objet de l'intérêt public. Quand bien même une loi absolue de ce genre aurait uniquement cette raison positive, de faire régner, dans cet ordre d'idées, une règle uniforme quelconque, d'exclure ainsi la confusion toujours possible et d'obtenir du moins une simplification, — et tel devrait être, au minimum, le motif d'une loi qui va jusqu'à prohiber tout écart venant du bon plaisir particulier — il faut bien avouer que de pareilles lois extérieures positives rentrent dans la catégorie de celles auxquelles les Romains donnaient le nom de lois *propter necessitatem* ou *utilitatem et contra rationem juris*, et que, par conséquent, l'utilité publique étant leur raison d'être et leur caractère étant essentiellement policier, elles sont plus que d'autres de nature cogente (voir Savigny, I, 61 et VIII, 35). L'unique élément que Savigny puisse encore avoir en vue quand il nous parle de ses lois absolues, non cogentes, issues du domaine du droit pur, c'est donc, à proprement parler, l'élément *logique juridique*. Mais c'est ici que nous comprenons le moins pourquoi une prescription, qu'un esprit national fait jaillir des lois logiques de sa pensée même avec une telle nécessité absolue, avec une force telle que tout écart se trouve exclu, passerait pour être moins cogente que les lois ayant un objet moral, policier ou économique. Si l'on pouvait admettre une pareille prétention, cela reviendrait à dire qu'un peuple fait moins de cas des lois issues du fond de sa faculté

que l'on élève cette formule à sa propre intelligibilité et à sa vérité, cette loi se trouve justifiée. Ce qui au fond gêne Savigny, bien qu'il ne l'exprime pas de cette manière, c'est évidemment qu'à l'avenir il reste permis de stipuler des intérêts pour les prêts ; la loi relative au taux de l'intérêt lui apparaît donc comme une loi sur la validité d'actions permises en soi, comme une loi sur l'acquisition de droits.

de penser et de son caractère nécessaire et rationnel, que de ce qui lui paraît indispensable dans tel et tel domaine particulier; et cette prétention serait d'autant plus impossible que les lois dont l'objet est moral, policier ou économique sont, en somme, l'application de cette activité logique de la pensée et de l'esprit nationaux aux cas et aux domaines particuliers de son être et à une matière particulière. Les Romains l'ont parfaitement compris ; et, à toutes les lois absolues issues de cet élément logique juridique, ils ont attribué une force cogente et annulante au moins égale à celle des autres lois. Prenons un exemple pour rendre notre idée plus claire. C'est une règle de droit absolue, issue de cet élément logique juridique, qu'un objet m'appartenant déjà ne peut devenir davantage mien et que, par conséquent, nul ne peut stipuler qu'une chose déjà sienne lui soit donnée (l. LXXXII, *de v. o.*, 44, 1 ; *Inst. de actionibus*, VI, § 14 ; *Inst. de legatis*, XX, § 10 ; l. CLIX, *de r. j.*, 50, 17). Cette déposition a tout d'abord cette conséquence cogente : si la chose était, à l'époque de la stipulation, une chose étrangère, si donc la stipulation était *utilis*, mais qu'entre temps j'acquière la propriété de la chose, la stipulation se trouve, en fait, anéantie, par la rétroaction de mon acquisition (Inst. *de inutil. stipul.*, XIX, § 2). C'est encore en application de cette règle que le propriétaire de la chose ne peut en acquérir, en particulier, l'usufruit (l. V, *Si usuf. pet.*, VII, 6). Une conséquence cogente de cette conception était que, si le légataire acquérait dans la suite la propriété d'une chose dont l'usufruit lui avait été attribué par un legs antérieur, ce legs devenait *ipso facto caduc* ; et Julien a pleinement raison de maintenir cette règle avec toutes ces conséquences : si l'usufruit d'une pièce de terre m'a été légué *pure*, et que la nue-propriété en soit attribuée *sub conditione à Titius*, que je fasse l'acquisition avant la réalisation de la condition, mais que celle-ci vienne à se réaliser plus tard, Titius aura non seulement la nue-propriété, mais la propriété et l'usufruit de la pièce de terre. Mon usufruit s'est trouvé détruit par l'acquisition que j'ai faite du champ; l'usufruit n'est plus séparé de la propriété et Titius acquiert donc le champ en toute propriété.

Mais bien que le droit de stipuler des intérêts continue à exister, le droit de prendre plus de 6 0/0 a cependant disparu. Ce droit déterminé n'existe plus (il est naturellement indifférent que dans ce cas ce soit une limite quantitative à laquelle vient se briser le caractère qualitatif déterminé du droit, et où l'intérêt fait place à l'usure). Si nous comprenons bien la formule, nous devrions dire de préférence que cette loi concerne l'existence des droits.

Sur la même ligne que la loi sur l'intérêt se trouve l'abolition de la *lex commissoria* par l'empereur Constantin. Il était permis jusque-là de donner en hypothèque à un créancier une chose quelconque, avec la stipulation que cette chose deviendrait la propriété du créancier s'il n'était remboursé dans un temps déterminé. Constantin défendit cette *asperitas*, en disant que plus que toute autre elle facilitait le dépouillement des débiteurs, et son interdiction devait même infirmer les contrats pignoratifs stipulés antérieurement (1). Il n'y a pas à s'étonner que Savigny (VIII, 423) comme en général tous ceux qui, pour la loi sur l'intérêt discutée ci-dessus, partagent l'opinion réfutée par nous, voit également dans cette loi une exception et une atteinte portée aux principes (2).

Mais s'il est facile et possible d'accuser les Constitutions des empereurs de bizarrerie et d'arbitraire, ou de voir l'occasion de leur promulgation dans des circonstances matérielles ou des considérations spéciales (3), cette manière de

(1) L. III, C. *de pactis pignor.* (8. 35) : « Quoniam inter alias captiones præcipue commissoriæ pignorum legis crescerit aperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur (cet *igitur* introduit la suite de la phase comme une conséquence naturelle d'*infirmari* et non pas à titre d'exception accidentelle) tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quæ cum præteritis præsentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim, re amissa, jubemus recuperare, quod dederunt. »

(2) Nous verrons, au prochain paragraphe, dans quel sens, suivant l'interprétation adoptée, on pourrait trouver, à juste raison, une rétroaction dans cette loi.

(3) Une loi évidemment rétroactive est, par exemple, la l. XXIII,

voir sera du moins impossible dans les décisions des juristes du droit des Pandectes.

Si nous réussissions donc à démontrer que le principe ci-dessus expliqué se trouve être le principe fondamental du droit des Pandectes, nous l'aurions établi de la façon la plus sûre et la plus complète qui se puisse imaginer.

Et bien que les Pandectes, à première vue, ne renferment nulle part une décision relative à ce qui doit se produire en présence d'une modification dans la loi, — du moins tous les auteurs l'ont cru jusqu'ici et s'en sont plaints amèrement (1), — nous réussirons cependant, quelque paradoxale que notre affirmation puisse paraître tout d'abord, à donner cette preuve avec l'évidence la plus complète ! En tout cas, cette preuve vaudra bien la peine qu'elle nous aura coûtée.

Pour arriver à notre but, il nous faut, avant tout, jeter un rapide coup d'œil sur le principe analogue établi par les Pandectes pour les cas de modification de fait dans les conditions contractuelles. Tout le monde sait que dans sa teneur générale et d'après de nombreux passages, ce principes est celui-ci : dans les contrats, il faut envisager toujours le commencement (*ad initium spectandum*) ou encore le temps où nous contractons (*tempus quo contrahi-*

C. *de S. S. eccl.*, 1-2, par laquelle Justinien confère aux Eglises et aux fondations pieuses le privilège, que leur droit d'instance ne se prescrive qu'au bout de cent ans (au lieu de trente). A la fin de cette loi, Justinien dit textuellement : « Hæc autem omnia observari sancimus in iis casibus qui vel postea fuerint nati, vel jam in judicium deducti sunt ». Par une coïncidence digne de remarque, c'est précisément dans cette collation, aux Eglises, de la prescription centenaire, que Procope trouve un cas spécial à l'appui de sa thèse, d'après laquelle Justinien se serait laissé guider par la corruption dans ses promulgations de lois (*Anecdot.*, c. XXVIII et c. XIII, XIV). Du moment que la loi même était achetée, la rétroactivité passait naturellement par-dessus le marché,

(1) La loi de Théodose passe, à cause de cela, pour la décision la plus ancienne du droit romain dans cette matière (voir Savigny, VIII, 392, 394.)

mus) (1). Voici comment l'empereur Alexandre s'exprime à ce sujet (2) :

« Id quidem, quod jure gestum est, revocari non potest. »

Nous arrivons donc à une constatation bien nette : Toutes les fois qu'avant ou après Savigny on énonce son principe qu'une modification dans la législation ne peut en rien influer sur les contrats existants, mais que le droit d'un contrat doit s'apprécier, au contraire, d'après la loi en vigueur lors de la signature du contrat, il s'agissait toujours d'une application consciente ou inconsciente de la même idée que les Pandectes établissent pour les cas de modification physique dans les conditions contractuelles.

Mais les Pandectes nous donnent également le principe diamétralement opposé au précédent : voici comment le rapporte Marcellus (3) :

« Et maxime secundum illorum opinionem qui etiam ac quæ rectæ constiterunt resolvi putant, quum in eum casum inciderunt, a quo non potuissent consistere. »

Les paroles par lesquelles Marcellus mentionne ce principe (secundum illorum opinionem qui putant) nous font comprendre que ce principe — du moins dans cette forme abstraite — dut rencontrer une violente opposition : et Paulus semble même le nier carrément quand il dit (4) :

« Non est novum, ut, quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium cœpere non potuerunt. »

Mais dans un autre passage le même Paulus nous ren-

(1) Voir par exemple Ulpien et Labéon, dans la l. VIII *mandati* (17, 1), *præf* : « uniuscujusque enim contractus initium spectandum est et causam. » Paulus dans la l. LXXVIII, *de v. o* (44, 1) :... « quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus. » Julien, dans la l. LVIII *pro socio* (17, 2) «... initium enim in his contractibus respiciendum », etc.

(2) L. III C. *de confirm tutor* (5, 29).

(3) L. XCVIII de *v. o.* (45, 1).

(4) L. LXXX, § 1, *de reg. jur.* (50, 17).

de l'appliquer, par analogie, c'est-à-dire en tenant compte de la différence possible entre les modifications de fait et les modifications de droit, à l'action exercée sur les contrats par les lois nouvelles ; on aurait eu ainsi le pendant à la théorie, qui veut qu'en présence d'une modification de droit, il faut uniquement apprécier le contrat, d'après la loi en vigueur au moment de sa conclusion, théorie qui se pose d'elle-même, comme l'application analogue du premier principe des Pandectes, également donné pour des modifications de fait.

Et notre étonnement est d'autant plus légitime que l'analogie qui existe, dans de certaines limites, entre les modifications de fait et les modifications de droit est absolument claire et universellement admise ; du reste Savigny, comme déjà Bergmann et d'autres avant lui, ont fondé précisément sur cette analogie toute leur doctrine relative à l'influence exercée sur le droit d'héritage par le changement de loi, à propos des modifications de loi survenues entre le testament et la mort, entre la mort *ab intestat* et la dévolution de l'héritage, ils appliquent en effet, presque dans tous les cas, les règles qui, d'après la doctrine romaine, ont leur application lors des modifications survenues dans les conditions physiques entre le testament et la mort ; et c'est justement parce qu'ils étendent ainsi l'application de ces règles et en font leur base d'opération qu'ils obtiennent leurs résultats (voir Savigny, VIII, 450 sq., 461 sq., 483 sq., 488 sq.).

Et bien certainement si, en procédant toujours par analogie, on avait pris ce deuxième principe énoncé par Marcellus, Paulus, Marcianus, Modestinus et Ulpien pour l'appliquer au cas de modification dans la législation, ainsi qu'on l'a fait sciemment et expressément avec les dispositions concernant l'héritage, ainsi qu'on l'a fait encore à très juste titre et bien des fois même inconsciemment avec le principe contraire, relatif uniquement au temps de la conclusion du contrat (dont il faut tenir compte en présence de modifications de fait), on aurait réussi à dépouiller ce der-

nier principe de son caractère par trop exclusif ; on l'aurait amené à son entière et pleine vérité ; l'on serait arrivé — et même pour quiconque n'est pas encore absolument convaincu par notre démonstration, nous pouvons du moins donner comme hypothèse ce qui suit — complètement à la théorie relative à l'action des lois prohibitives sur les contrats, telle que nous venons de la développer.

Mais pour être à même de faire cette transposition analogique, il aurait fallu d'abord établir, dans le cercle des modifications purement de fait, les conditions générales, dans lesquelles le deuxième principe peut ou ne peut pas s'appliquer, dans lesquelles le premier ne peut donc pas ou peut s'appliquer. En d'autres termes, il aurait fallu déterminer les deux principes dans leur rapport conceptuel, et voir comment ils se complètent l'un l'autre. Dire que le second principe, parce qu'il est d'une application moins fréquente, est au premier comme l'exception à la règle, c'est donner une explication qui ne va pas au fond de la question et ne la fait pas avancer d'un pas. Après comme avant, il s'agira toujours de déterminer le point exact, où la règle proprement dite ou bien l'exception trouve son application. Or, c'est justement cette première base qui n'a jamais été posée. C'est en vain que J. Gothofredus (1) s'est efforcé de résoudre cette difficulté ; son insuccès fut d'ailleurs partagé par l'Italien Averianius, qui a consacré à cette question plusieurs chapitres de ses *Interpretationes Juris* (2).

Mais il n'entre nullement dans nos vues d'aborder cette tâche plus directement que nous ne l'avons fait précédemment déjà, en apportant des éléments utiles à la solution ; nous apporterons d'ailleurs d'autres éléments encore dans le cours de notre travail. Telle ne saurait être notre intention, et cela pour plusieurs raisons : tout d'abord, et bien que nous jugions la tâche facile, bien que la solution de

(1) Tit *de p. j.*, l. LXXXV, §. 1.

(2) « Jos AVERANIUS, *Interpr. Juris*, lib. IV, c. 20-26, 3e édition (Leyde, 1753), 764-841.

la question se trouve déjà complètement (1) dans les données présentes ou à venir de ce paragraphe ou encore du paragraphe 10, il faudrait, pour bien dégager l'idée, un travail d'ensemble absolument inutile à notre dessein, ainsi que nous n'allons pas tarder à le montrer ; ensuite le résultat d'une pareille démonstration ne serait la norme que pour les modifications dans les conditions réelles, et ne pourrait donc pas, sans plus, être appliqué aux modifications dans la législation. Loin de nous l'idée de prétendre qu'il n'existe aucune analogie entre ces deux sortes de modifications ; mais nous ne croyons pas que l'on puisse les identifier dans leur totalité ; ou, pour mieux dire, il existe en même temps de l'identité et de la différence, et un nouvel exposé devrait se proposer surtout de les tenir soigneusement séparés. Ainsi que nous le verrons plus tard (Applications, chapitre VI), les résultats erronés auxquels Savigny est arrivé dans ses études du droit d'héritage, proviennent en grande partie de ce qu'il ne s'est pas suffisamment rendu compte de la différence précise entre les effets conceptuels et juridiques, qui sont le propre des modifications de fait et des modifications de droit ; comme cela se produit toujours avec cette catégorie peu claire de l'analogie, il les a traités comme analogues dans des points où, par leur concept, ils sont absolument différents.

Nous croyons que tout théoricien qui se proposera d'élucider jusque dans le détail le sujet en question, devra forcément donner le développement de cette différence con-

(1) Et d'ailleurs, cette solution est nécessairement établie par notre travail. La question de savoir pourquoi et jusqu'à quel point la modification de droit peut abolir d'anciennes conditions juridiques, est de par sa nature si intimement connexe avec la question de savoir pourquoi la modification de fait ne peut aboutir au même résultat et dans quels cas elle le peut, que la première idée ne peut être développée dans sa profondeur spéculative, sans projeter en même temps la lumière la plus abondante sur la deuxième question et sa différence conceptuelle, grâce à la clarté ainsi répandue sur la nature intime du droit tout entier.

ceptuelle qui détermine une diversité juridique dans les effets des modifications de fait et des modifications de droit. Et, bien que pas un de nos devanciers n'ait osé cette tentative, nous serons néanmoins forcés au chapitre X de développer cette distinction dans sa profondeur conceptuelle. Mais pour le moment ce travail ne s'impose pas encore.

Nous disons que pour notre but actuel il est absolument superflu d'entrer ici dans les discussions en question. Dans les décisions que sous l'influence du deuxième principe elles nous donnent sur la caducité subsidiaire des obligations, les Pandectes contiennent au moins quelques cas, où la modification survenue ne consiste qu'en apparence en un changement dans les conditions de fait et représente effectivement un changement dans les conditions juridiques, une modification dans la législation.

Quand une chose était vendue et qu'une fois le marché conclu, mais avant que la chose eût été livrée à l'acheteur, la chose périssait sans la faute du vendeur, la doctrine romaine proclamait la validité de la vente (1) et le vendeur a le droit de réclamer à l'acheteur le prix de vente convenu. La chose a péri aux risques et périls de l'acheteur, sans que par là le contrat de vente se trouve infirmé.

Les Constitutions contiennent très expressément cette doctrine (2) :

« Quum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus simulatque de pretio convenerit, quum sine scriptura res agitur), periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corpore læsus fuerit, aut ædes totæ vel aliqua ex parte incendio consumatæ fuerint, aut fundus, vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse cœperit ;

(1) Il a l'acheteur *in obligatione* et cette obligatio n'a pas péri.

(2) Inst, § 3 *de emptione et venditione* (3, 23).

emptoris damnum est, cui necesse est licet, rem non fuerit nactus, pretium solvere ; quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. »

Les décisions des Pandectes ne sont pas moins affirmatives sur cette règle, par exemple Julien (1) :

« Mortuo autem homine perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset, utpote quum venditor liberetur et emptori homo pereat ; quare, nisi justa conventio intervenerit, actiones ex empto et vendito manebunt. »

D'autres auteurs émettent la même opinion (2).

Dans tous ces cas, la perte de la chose était occasionnée par une modification survenue dans les conditions de fait. Elle était donc de nature purement physique. Cette modification ne touche donc en rien au contrat qui continue à exister valablement.

Mais qu'arrivera-t-il si, avant la tradition et sans la faute du vendeur, une chose vendue a été déclarée *extra commercium* ?, quand, par exemple, une terre a été confisquée par l'Etat, une chose déclarée *res sacra vel religiosa*, ou qu'un esclave étranger, vendu par moi, ait été affranchi ?

Constatons tout d'abord que cette espèce de modification n'est plus une simple modification de fait ; elle n'est telle qu'en apparence, mais en réalité, c'est une modification de nature juridique, une modification dans la législation relative à cette chose.

La modification dans la législation se distingue, comme tout le monde sait, de la simple modification de fait, en ce que, la chose restant la même dans sa nature matérielle, la règle juridique, sous laquelle il faut la considérer, s'est trouvée modifiée.

(1) L. V, § 2 *de rescind vendit.* (18, 5).

(2) PAULUS, l. XXI *de hæredit. vel act. vend.* 18, 4. — CELSE, l. XVI *de condictione causa data c. n. s.* (12, 4). Celse ne veut pas admettre d'autre règle dans le contrat de vente, mais seulement pour l'obligation *ob rem datam non secutam*. Enfin les ordonnances des empereurs Dioclétien et Maximinien, l. *ult.* C. *de peric. et com. rei vend.* (4, 18).

C'est justement ce que nous pouvons constater dans les cas précédents. La part de modification de fait qu'ils renferment est tout simplement celle-ci : pour une chose individuellement déterminée, il a été promulgué une nouvelle règle : en d'autres termes, il faut considérer cette chose d'après une règle différente de celle sous laquelle nous la voyions précédemment placée (1). Cette modification n'a donc que la nature d'une *lex specialis*, promulguée pour une chose individuellement déterminée, et par conséquent elle a toujours la nature d'une modification légale. Pour notre question actuelle il est absolument indifférent, que tel jardin déterminé ou tel Stichus déterminé tombent sous la nouvelle loi, parce qu'une loi nouvelle a été promulguée pour tout le genre, dont font également partie ce jardin déterminé et ce Stichus déterminé, ou parce que cette loi n'a été promulguée que pour ce jardin déterminé ou ce Stichus déterminé. Pour notre question actuelle il n'importe pas davantage que la loi nouvelle soit une règle juridique, dont l'existence est absolument nouvelle, ou bien une règle qui, tout en existant déjà, ne s'appliquait pas encore à l'objet spécial sur lequel elle tombe maintenant. Les juristes romains ont donc parfaitement raison, dans leurs décisions que nous allons rapporter ci-dessous, de ne pas faire la moindre différence entre les divers cas : qu'un esclave soit affranchi par son maître ou qu'une chose soit déclarée *res sacra* par *lege aliqua*, ou qu'une terre soit confisquée par l'Etat, ou qu'un esclave soit affranchi, etc. Et de même il est de toute évidence que leurs décisions dans ces cas resteraient nécessairement les mêmes, si tous les jardins de cette sorte étaient confisqués par l'Etat, toutes les choses de cette espèce déclarées *res sacræ vel religiosæ*, toutes les esclaves de ce genre ou tous les esclaves en général affranchis, et que tous ces objets individuels fussent

(1) Au paragraphe 10 nous exposerons également la distinction, absolument indifférente pour le moment, entre la modification juridique pure et simple et la modification juridique amenée par des motifs réels.

à placer sous le nouveau régime juridique à cause du genre auquel ils appartiennent.

Mais la vérité de ce que nous venons de dire ressort avec une clarté et une simplicité plus grandes encore de cette circonstance bien connue qu'il fallait une loi spéciale pour faire d'une chose une *res sacra* : « Sed sacrum quidem solum existimatur auctoritate populi Romani fieri ; consecratur enim lege de ea re lata aut senatus-consulto facto (1). »

De ces diverses considérations il résulte clairement que les Pandectes, — et nous touchons ici un point que, par un hasard étrange, tous les auteurs ont constamment négligé d'indiquer — posent et résolvent, dans les cas donnés, précisément des cas dans lesquels, entre la conclusion du contrat et sa réalisation, il s'est opéré une modification dans la loi régissant la matière.

Quelle est maintenant la solution qu'ils nous donnent de ces cas ? C'est évidemment celle-ci : Lorsque, entre la vente et la tradition, une chose est déclarée *res sacra vel religiosa* ou bien confisquée par l'Etat, il se produit le contraire juste de ce qui arrive dans les cas de perte réelle de la chose dans le temps visé : l'acheteur ne peut réclamer la chose, le vendeur ne peut exiger le paiement, et même, si le prix de vente a déjà été versé, l'acheteur est en droit de le redemander ; d'où il résulte que si entre temps une chose est devenue *res extra commercium*, le contrat lui-même devient subsidiairement *caduc et non valable*. C'est ainsi que Paulus nous dit (2) :

« Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam... inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri, et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest. Nam et quum quis rem profanam aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto

(1) Gaius, II, § 5. — L. VI, §. 3 ; l. IX *de div. per.* (1, 8) : *Inst.*, II, 1, § 8 : Festus ; V. *Sacer mons*, éd. O. Muller, p. 318, 321, et Aelius Gallus, *ibidem*.

(2) L. 83, § 5, de *v. o.* (45, 1).

ejus res sacra esse cœperit aut Stichus ad libertatem pervenerit. »

Et l'obligation se trouve alors si bien anéantie qu'elle ne peut même plus revivre quand, par suite d'une autre loi, la chose redevient profane ou que Stichus soit redevenu esclave ; c'est ce que Paulus nous dit explicitement :

« Ne revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse experit, et Stichus ex libero servus effectus scit, quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit. »

Ainsi qu'il est facile de le voir, ce n'est pas seulement l'exécution de l'obligation qui disparaît à cause de l'impossibilité matérielle; cette exécution ne serait alors retardée que jusqu'au moment où l'impossibilité aurait disparu ; c'est l'existence même de l'obligation qui est anéantie (1).

Africanus est tout aussi affirmatif pour le cas où une terre vendue est confisquée par l'Etat avant la tradition ; il ajoute même qu'il faut alors rembourser le prix de vente quand par hasard il a été versé (2) :

« Nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto, quod hactenus verum sit, ut pretium restituas, non ut etiam id præstes, si quid pluris mea intersit (3), eum vacum mihi tradi. »

(1) C'est ce qui se produit quand l'impossibilité provient de simples faits matériels, ainsi que Paulus nous l'indique dans le même passage par l'exemple d'un bateau que le propriétaire décompose, après l'obligation, en ses diverses parties, mais qu'il reconstruit ensuite en faisant usage des mêmes planches : dans ce cas, l'obligation continue. Mais c'est dans la l. XCVIII, § 8. *de solut.* (46, 3) que Paulus nous donne la meilleure explication de cette différence : « Nec simili argumento usus est. ut si navem, quam tu promisisti, dominus dissolverit, deinde iisdem tabulis compegerit, teneri te ; hic enim eadem navis, quam te daturam spopondisti, ut videatur magis, obligatio cessare, quam extincta esse. »

(2) L. XXXIII *locati cond.* (19. 2).

(3) Il s'agit donc uniquement du remboursement du prix d'achat ;

Partant de là, Africanus applique le même principe également au contrat de louage (1).

si ce prix n'a pas été versé, aucune des clauses du contrat n'aura d'effet : le contrat se trouve résilié. — Lorsque, par contraire, j'ai acheté des terres qui, à mon insu, étaient déjà du domaine public au moment de mon achat, l'*actio ex empto* me confère, il est vrai, le droit de réclamer l'intérêt. Voir à ce sujet Modestinus, dans la l. LXII, § 1, *de contrah. empt.* (18, 1) : « Qui nesciens loca sacra vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit ejus, ne deciperetur. » Voir encore : Inst. § 5 *de emption. vendit.* (3, 23). L'obligation ne disparaît donc pas ; elle se résout tout simplement en le seul mode où son accomplissement soit encore possible.

(1) Ce passage d'Africanus devait forcément être mal compris jusqu'à nos jours ; aussi n'a-t-il pas manqué de faire, en tout temps, le tourment de tous les jurisconsultes romains qui se sont escrimés en vain contre lui, quand ils arrivaient à traiter du titre : *de periculo et commodo rei venditæ.* C'est elle qui amena Cujas à prendre le contrepied de la règle généralement admise alors et absolument certaine d'après laquelle le contrat d'achat faisait passer tous les risques du côté de l'acheteur, et à prétendre le contraire, (*Tract.*, VIII *ad Africanum in* l. XXIII D. *Locati* Opp. 1, 1479, et *Observ.* XXIII c. 29), Il est vrai que dans la suite il renonça à cette erreur (*Comm. ad Paul. ad Edicti.* lib. XXXIII, 1. 8, *de per. et com.* Opp. V. 513) sans avoir pu la concilier avec le passage d'Africanus. On trouvera chez Glück, *Pandekten*, XVII, 133-143, les explications absolument malheureuses de plusieurs centaines d'autres jurisconsultes célèbres. « Quelques-uns parmi les jurisconsultes, ce sont les plus modestes, écrit Glück, avouent que Africanus s'est écarté de la règle ci-dessus mentionnée du droit civil, dans le cas où une chose vendue était déclarée du domaine public ; quelle fut la raison de sa façon d'agir ? Il serait difficile d'en donner un motif satisfaisant. » Les choses en sont toujours au même point. C'est ainsi que par exemple Vangerow écrit, *Pandekten* (Marbourg, 1852) III, 217 : « Toute une série de passages énoncent, sans la moindre ambiguïté, à propos des contrats d'achat, ce principe bien net, à savoir, qu'avec la conclusion du contrat tous les risques et périls incombent à l'acheteur, si bien que l'acheteur, quand, par un hasard quelconque, la marchandise périssait, n'en devait pas moins verser le prix convenu », et là-dessus Vangerow cite le passage d'Africanus, qui, dit-il, pourrait susciter quelques scrupules. »

Dans un autre passage, Paulus ne se contente plus de reproduire la même solution relativement à l'esclave affranchi ; mais il affirme expressément que la doctrine universellement admise voulait que l'obligation ne renaquit pas si l'affranchi redevenait esclave en vertu d'une nouvelle loi (1) :

«... Respondi, si alienum hominem promisi, et is a domino manumissus est, liberor. Nec admissum est quod Celsus ait, si idem rursus lege aliqua servus effectus sit, peti eum posse, in perpetuum enim sublata obligatio restitui non posse, et si servus effectus scit, alius videtur esse. »

Et ces scrupules peuvent, d'après lui, se lever comme suit : Il faut bien supposer, à propos de ce passage, que la raison de la confiscation était antérieure à l'époque du contrat, que la chose est donc une chose viciée et par conséquent le vendeur était mal fondé d'en réclamer le prix. Cette explication remonte déjà jusqu'à Voet ; mais avant de faire ainsi violence à un passage, de l'interpréter contrairement à sa signification et à son sens littéral, contrairement à toutes les lois de l'interprétation critique, de transgresser par suite toutes ces lois qui défendent d'avoir recours à des hypothèses amoindrissantes pour tourner les difficultés et détruire l'intérêt d'un sujet, on ferait mieux de suivre le conseil de Glück, de se ranger parmi les jurisconsultes plus modestes et d'avouer que la chose est absolument incompréhensible.

Ce passage ne pouvait être compris jusqu'ici, parce que personne n'avait pris garde à la théorie des Pandectes, telle que nous l'avons développée plus haut. Cette théorie nous montre que la solution d'Africanus est nécessaire et même absolument identique avec les autres passages des Pandectes précédemment cités, mais que, d'autre part, elle n'est pas du tout opposée à la doctrine *de periculo et commodo rei venditæ* : la chose, en effet, n'a pas réellement péri, mais elle a été déclarée *extra commercium*. Comme la tradition n'avait pas encore eu lieu, la propriété de la chose ne s'était pas encore transmise. Il n'y avait qu'un contrat relatif à cette chose. Mais du moment que la chose a été déclarée *extra commercium*, c'est-à-dire soustraite à la puissance juridique de la volonté privée dont, par conséquent, elle ne peut plus être l'objet, le contrat est annulé, l'acheteur et le vendeur n'ont plus rien à se réclamer réciproquement par rapport à la chose, à moins que l'un ne soit obligé de rembourser ce que l'autre aura déjà payé.

(1) L. XCVIII, § 8, *de solut.* (46, 3).

Dans tous ces cas, l'obligation se trouve donc totalement annulée (1).

Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, tous ces cas ont ceci de commum que la chose, c'est-à-dire l'objet de l'obligation, n'a pas réellement péri, mais a été tout simplement déclaré *extra commercium*.

Mais par *res extra commercium*, les Romains, ainsi que tout le monde sait, entendaient uniquement les choses qui n'étaient plus soumises à la puissance de la volonté individuelle et qui par conséquent ne pouvaient plus faire l'objet de ses opérations. En d'autres termes : Les *res extra commercium* sont absolument identiques avec les *res quæ extra nostrum patrimonium habentur* ; chacune de ces dénominations exprime la même idée : l'incapacité d'une chose de tomber dans la sphère de propriété de la volonté privée ; mais la première l'exprime par rapport au devenir et la seconde par rapport à l'être (2).

Ce qui revient à dire : Dans ces décisions des Pandectes, nous n'avons rien autre chose que la reconnaissance stricte de notre théorie sur les lois prohibitives, telle que par une autre voie nous l'avons développée dans ce paragraphe.

Si la chose périt réellement, le contrat persiste ; si ce n'est pas la chose même qui périt, mais le droit sur cette chose, c'est-à-dire le droit d'après lequel une teneur juridique peut devenir propriété ou tomber dans la sphère d'influence de la volonté individuelle, le contrat lui-même par lequel ce droit s'acquiert, s'aliène ou se transmet, est caduc, sans plus, sans qu'il puisse y avoir la moindre prétention à

(1) Il en va de même pour l'obligation de dommages-intérêts de la l. Aquilia ; voir la solution d'Ulpien dans la l. XV *ad Leg. Aqu.* 19, 2.

(2) Voir par exemple Bœcking, *Einleitung in die Pandekten des röm. Privatr.* I, 247 : « La division en *res quæ in commercio sunt aut quarum commercium non est* exprime la même opposition : les unes (*res extra patrimonium*) sont considérées au point de vue de l'avoir, les autres au point de vue de l'acquérir. »

l'accomplissement, l'indemnité ou la prestation d'intérêts. *Evanescit obligatio, resolvitur contractus.*

Ou encore, pour nous en tenir à notre première rédaction : si la prohibition est totale, si elle interdit absolument qu'un objet juridique déterminé ou un droit exactement qualifié ne puisse être la propriété d'une personne privée quelconque, les acquisitions antérieurement réalisées ainsi que toutes les stipulations deviennent *eo ipso caduques.* Toutes les revendications de ce droit ne pouvaient être acquises *a priori* que pour la durée de son existence (1).

(1) Remarquons en passant que ces considérations expliquent et confirment à la fois ce que nous avons exposé au commencement de ce paragraphe sur la nature des lois prohibitives. Pourquoi, d'après le droit romain, ne puis-je faire valablement la stipulation conditionnelle : je livrerai Stichus (libre) s'il devient esclave en vertu d'une autre loi, ou bien, cette terre, quand elle aura cessé d'être *res sacra vel religiosa* pour devenir chose profane ? Paulus dit expressément (l. LXXXIII de *v. o* § 5 (45, 1) que cela m'est défendu et il a pleinement raison. Mais les raisons qu'il met en avant sont, comme d'ailleurs toutes les raisons dont nous avons eu l'occasion de parler dans les dernières discussions des passages en question, absolument insuffisantes et maladroites. D'après lui, c'est impossible *quia nec præsentis temporis obligationem recipere potest* (et pourquoi donc ? c'est justement ce que l'on demande, et cette réponse est une pétition de principe) *et ea dumtaxat quæ natura sua possibilia sunt, deducuntur in obligationem.* Mais une telle modification de la loi reste néanmoins possible ; l'hypothèse seule des jurisconsultes romains suffirait à le démontrer ; elle reste tout aussi possible que la reconstruction du navire avec tous ses anciens éléments, etc. La raison est spéculative, comme dans la généralité des dernières discussions ; aussi les jurisconsultes romains la sentent-ils, mais sans pouvoir l'amener au grand jour.

Cette raison est évidemment la suivante : la vente d'un homme libre, d'un lieu religieux, est prohibée, c'est-à-dire exclue par la conscience juridique universelle de la nation. Or, la conscience juridique du peuple est l'unique substance du droit, l'unique terrain dans lequel le droit existe en général et possède la réalité. Si donc j'ai l'intention de fait de vendre cet homme ou ce lieu plus tard, quand la loi prohibitive aura été rapportée, et que d'ailleurs cette manière de faire soit réellement admissible dans ce temps à venir, je ne vois pas comment je pourrais, dans le moment

Et maintenant que nous avons établi que la théorie, développée par nous par la voie purement conceptuelle et confirmée par tant d'autres preuves, est également la théorie intime sur laquelle se basent les Pandectes, maintenant que nous l'avons corroborée par les décisions de ces virtuoses romains, maîtres experts dans la logique formelle du droit, dont la virtuosité est incomparable et à tout jamais inaccessible, il nous semble que cette théorie est suffisamment défendue, dans l'avenir, contre toutes les attaques scientifiques possibles ; il ne reste donc plus que d'en tirer, dans le paragraphe suivant, les conséquences dernières.

§ 7. — *Les lois absolues. Exceptio rei in judicium deductæ et rei judicatæ. Distinction entre les obligations et les droits réels.*

Nous avons fait remarquer précédemment la différence qui existe entre les obligations et les droits réels ; nous devons,

actuel, transporter cette intention de fait sur le terrain du droit, en sorte qu'elle devienne elle-même juridique et me lie pour le cas où la condition spécialement posée viendrait plus tard à se réaliser.

Il m'est totalement impossible de transporter cette volonté de fait sur le terrain de droit, de lui donner, sur ce terrain, la réalité juridique, parce que ce terrain juridique lui-même, la conscience juridique de toute la nation, se soulève provisoirement contre ce procédé ; ce terrain repousse même absolument et exclut la conception d'après laquelle le contenu cogent actuel de sa conscience ne serait plus celui dont il s'agirait plus tard.

Ma stipulation, même quand je la fais, reste donc une simple intention de fait et naturelle qui ne réussit jamais à passer dans la sphère du droit, ni par conséquent à s'approprier une existence juridique. Et parce que la sphère du droit conserve toujours à l'égard de cette intention un caractère négatif et ne se laisse par conséquent jamais pénétrer par elle, Ulpien avait bien raison de dire : *res sacra non recipit æstimationem* (l. IX, § 5, D. *de div. rer.*, 1, 8). Plus loin nous aurons d'ailleurs l'occasion d'examiner de plus près le cas de Paulus et d'indiquer les distinctions dont il est susceptible.

à l'heure qu'il est, en tirer une conséquence relative à l'influence diverse que les lois prohibitives peuvent exercer sur l'*exceptio rei in judicium deductæ* et l'*exceptio rei judicatæ* dans les obligations.

Ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut, l'obligation tire sa nature juridique spécifique aussi bien de l'action à laquelle elle aboutit que de son mode d'origine. Par conséquent une loi qui décrète que tel ou tel mode d'acquisition ne pourra plus produire d'obligations, rentre dans la première des espèces de lois prohibitives dont nous avons parlé plus haut. Elle annule donc toutes les obligations existantes déjà et provenant de ce titre spécial d'acquisition. Elle les annule tout aussi bien quand avant la promulgation elles faisaient déjà l'objet d'une instance judiciaire ; il ne suffit pas en effet que le droit existe dans le plaignant au jour où il dépose sa plainte, il faut qu'il vive encore en lui le jour du jugement, pour pouvoir lui être attribué (1). Par exemple : lorsqu'une femme réclame des dommages-intérêts à celui qui l'a engrossée, et que, pendant le procès, il se promulgue une loi prohibant les demandes d'indemnité faites à ce titre, la réclamation ne saurait être admise. Mais il en va tout autrement de la *res judicata.* Si l'action à laquelle l'obligation donne droit, c'est-à-dire l'objet juridique même dont il a été connu, ne se trouve pas soustraite, par la loi prohibitive, à la puissance de la volonté individuelle ; si elle n'a pas été déclarée telle que personne ne puisse jamais la réclamer pour sienne ; si la loi prohibitive interdit uniquement que la revendication d'une prestation obligatoire légitime découle d'un titre d'acquisition nettement spécifié, cette loi peut bien faire tomber la plainte en cours, mais son influence est nulle sur le jugement ayant force de loi. Dans le cas cité, il faudra donc forcément payer l'indemnité attribuée par un jugement ayant force de loi à une femme qu'on aura engrossée, quand même, avant le paie-

(1) Voir Averanius, *Interpret. juris*, lib. IV, c. xxiii, p. 781 sq., ed. Lugd, 1753.

ment, il paraissait une loi interdisant toute demande d'indemnité pour cause de grossesse.

La raison de cette distinction entre l'*exceptio rei in judicium deductæ* et l'*exceptio rei judicatæ* est claire. La plainte en cours exige que le motif juridique qui pourra faire naître, à mon profit, une obligation, puisse encore être efficace. Mais dans la *res judicata*, le titre premier de l'acquisition n'importe plus du tout, parce que le jugement contient une novation. Le premier titre d'acquisition a fait place à un autre, absolument indépendant : le jugement même. La loi prohibitive qui interdit qu'un titre d'acquisition déterminé donne naissance, dans l'avenir, à des prétentions dont rien ne défend l'existence en soi, ne peut donc plus atteindre le bénéficiaire de la chose jugée ; la réclamation de ce dernier ne s'appuie plus, en effet, sur le premier titre d'acquisition, dont le caractère personnel a au contraire disparu dans et par le nouveau titre. Il réclame avec l'*actio judicati*. En d'autres termes : Le premier titre d'acquisition, qualitativement déterminé, mais actuellement prohibé, a fait place à un jugement, à une transaction, à un droit constitué par un acte de volonté (1). Et puisque l'objet, qui a fait la matière du jugement — le paiment d'une indemnité pécuniaire en général — n'est pas prohibé dans le cas en question, l'application de la loi prohibitive, faite aux jugements ou aux transactions intervenus pour cause de grossesse, constituerait une véritable rétroaction, une atteinte à ce qui a été acquis pour un acte permis de la volonté individuelle.

Les lois prohibitives concernant les obligations seront,

(1) C'est de là que provient le principe : le jugement a le même effet qu'un contrat ; voir Ulpien et Marcellus dans le l. III, § 11, de *peculio* (15. 1) :... « nam sicut in stipulatione contrahitur — ita judicio contrahi proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem » ; ces paroles confirment expressément la théorie ci-dessus exposée.

De là provient également que l'*actio judicati* va toujours *in personam*, quand même la plainte primitive aurait été une instance réelle.

la plupart du temps, naturellement et uniquement dirigées contre le titre d'acquisition des obligations ; et pour cette raison elles seront forcés de respecter la *res judicata*.

Cependant les cas ne sont pas rares, où des lois prohibent l'objet de certaines obligations, c'est-à-dire déclarent que l'acte déterminé que l'obligation autorise à réclamer, est tel que plus personne ne puisse élever une prétention sur cet acte. Et dans ce cas, ainsi que cela doit ressortir de l'ensemble de nos développements, la *res judicata* se trouve nécessairement abolie en même temps par la loi prohibitive.

Ainsi, par exemple, s'il a été intenté, sous une certaine législation, une instance en réalisation de promesse de mariage et qu'il soit intervenu un jugement ayant force de loi, mais qu'une nouvelle loi abolisse, comme contraire à la liberté individuelle, cette instance en obligation de mariage, la *res judicata* deviendra de ce fait même nulle et sans effet. Cette demande en obligation de mariage est actuellement un droit que personne ne peut plus posséder et dont l'individu ne saurait lui faire sa propriété ; par conséquent, les considérations du dernier paragraphe trouvent également ici leur application.

De même, si un jugement ayant force de loi vient d'attribuer à un enfant illégitime le droit à la pension alimentaire, et qu'une nouvelle loi abolisse cette obligation vis-à-vis des enfants illégitimes. A partir de ce moment, le jugement reconnaissant la dette alimentaire devient caduc ; il ne faudrait pas en effet prendre ce jugement dans son sens abstrait et se figurer qu'il a reconnu le paiement d'une somme d'argent en général — toutes les réclamations, ou presque toutes, se résolvent finalement en argent ; — il faut le prendre dans sa nature juridique spécifique : c'est la prestation d'aliments que le jugement a stipulée, l'aide qu'on se doit entre parents (1). Or, le droit de l'enfant illé-

(1) Il est absolument hors de doute que la nature juridique spécifique de la créance continue à exister, comme élément qualificatif, dans l'objet que le jugement a spécifié, et que cet objet ne s'est

gitime à l'assistance du père, à cause de leurs liens de parenté, se trouve supprimé ; il ne saurait donc plus faire l'objet d'une acquisition ni d'une possession ultérieure. Ce qui se trouve prohibé dans ce cas, ce n'est pas seulement le titre d'acquisition de l'obligation, mais l'obligation elle même avec son contenu bien déterminé, avec son objet, tel que le jugement l'avait spécifié.

Dans les droits réels nous ne pouvons pas avoir la distinction que nous avons développée dans ce paragraphe entre l'*exceptio rei in judicium deductæ* et l'*exceptio rei judicatæ*. La raison en est bien simple : dans les droits réels, le titre d'acquisition ne fait pas partie de la nature juridique comme dans les obligations ; ce n'est plus qu'une action spéciale de droit, dont l'importance est indifférente, qui est la source du droit réel. Peu importe, pour la nature juridique de la propriété, de la servitude, etc., que le droit de propriété me vienne de la succession, de l'usucapion, de l'achat, etc. Dans les droits réels, toute loi prohibitive uniquement dirigée contre le titre d'acquisition — par exemple que l'usucapion ne peut plus désormais conférer la propriété, — rentre nécessairement dans la deuxième classe des lois prohibitives telles que nous les avons établies plus haut ; elle n'influe en rien sur la plainte en cours, puisqu'elle ne saurait même influer sur le simple droit constitué, avant que l'instance ne soit intentée ; par contre, les lois prohibitives qui abolissent non pas le titre d'acquisition du droit réel, mais ce droit réel lui-même, ou qui suppriment un caractère déterminé qui est exprimé par le titre d'acquisition, mais se manifeste toujours à nouveau dans le droit réel lui-même, rentrent toujours dans la catégorie de celles qui déclarent un certain contenu juridique exclu de la propriété individuelle et peuvent par conséquent s'appliquer aux conditions de propriété fixées par la *res judicata*.

donc pas ramené à une créance. C'est pour cela que les aliments peuvent être déclarés insaisissables, impossibles à compenser (*Cod civ.*, art. 1293 : *Code de procéd.*, art. 581). C'est encore pour cela que le fils de l'alimenté n'hérite pas de la créance.

§ 8. — *Les lois absolues. Analyse de la formule des faits accomplis. La possession et son essence. Juris quasi possessio.*

Nous devons tout d'abord faire remarquer que jusqu'à présent nous n'avons pas encore développé de principe par lequel les situations juridiques, régulièrement arrangées par le paiement et l'exécution effective, seraient protégées contre l'effet des lois prohibitives. Supposons, par exemple, pour reprendre le cas admis dans le paragraphe précédent, qu'un jugement ait attribué la pension alimentaire à un enfant illégitime et que de plein gré cette pension ait été payée d'avance pour plusieurs années. La promulgation d'une loi, qui abolirait cette obligation alimentaire, rendrait, ainsi que nous l'avons vu, le jugement caduc à partir de ce moment, mais il ne peut pas autoriser une demande en restitution des aliments payés d'avance. Mais la raison n'en est pas qu'il subsisterait toujours une *naturalis obligatia* ; le résultat serait en effet le même, au cas où la nouvelle loi ne reconnaîtrait pas l'existence d'une *naturalis obligatio.*

Pour motiver cet état de choses, on avance généralement que les nouvelles lois ne peuvent atteindre les faits accomplis ou, d'après l'expression de Savigny, qui ne veut même pas entendre parler, dans une étude sur la rétroactivité des lois, d'une justification quelconque de cette proposition, on dit que la loi ne peut rendre non faite une chose faite.

Le dessein que l'on poursuit ainsi est généralement juste. Mais nous avons déjà montré précédemment que le principe des faits accomplis est théoriquement insoutenable. Nous avons également fait remarquer que le résultat de nos recherches pouvait et devait être précisément de montrer jusqu'à quel point la loi peut rendre non faite une chose faite — ce qui est très fréquent dans le sens juridique — ou ne le peut pas.

Pour que notre théorie soit complète, il nous faut en

conséquence faire ce que personne encore n'a tenté dans cette question des lois prohibitives; il nous faut dégager de notre théorie même un autre principe qui puisse réaliser, en toute justesse, ce que l'on a généralement essayé jusqu'à présent d'obtenir par ce principe de l'inviolabilité du fait acquis.

Notre principe est tout simplement celui-ci : dans ce sens, comme toujours, la possession nous apparaît essentiellement comme un droit autonome, basée sur la liaison réelle de la personnalité et de la chose ; c'est du reste sous cet aspect que, d'après les fondements posés par Savigny dans son chef-d'œuvre connu, la possession est universellement comprise aujourd'hui (1).

La possession en tant que droit propre est fondée sur ce fait que déjà la fusion interne de la chose et d'une personnalité forme en elle-même un lien juridique, dans lequel la *causa* est reléguée à l'arrière-plan. Rappelons en passant la parole de Papinien «...possessio plurimum facti habet (2) » et celle de Paul : «...in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat (3) ».

De cette essence de la possession nous pouvons tirer, pour notre sujet, cette conclusion nécessaire ; tant qu'un objet peut être possédé, il est absolument indifférent qu'une nouvelle loi vienne prohiber le titre d'origine ou d'acquisition de cette possession dont rien ne défend l'*existence en soi*.

En face de la loi prohibitive, la possession, c'est-à-dire la fusion effective de la personnalité et de la chose, se dresse comme un droit particulier; et ce droit peut uniquement être aboli et est en effet exclusivement aboli quand, au lieu de s'attaquer au titre d'origine de la possession, la loi, prohibitive est dirigée contre la capacité qu'a cet objet

(1) SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes* (6e édit., 1837) ; PUCHTA, *Pandekten* (5e édit., 1850), § 102 ; le même : *Cours des inst.*, vol. II, § 224.
(2) L. XIX, *quibus ex caus. major.* (4, 6).
(3) L. III, § 5, *de acqu. vel amitt. possessione*, (41, 2).

d'être possédé et que par suite elle anéantit précisément la possibilité qu'il y avait pour cet objet de se trouver en union intime avec l'individu.

Ces diverses observations nous permettent de comprendre jusqu'à quel point la loi, mentionnée ci-dessus, par laquelle Constantin révoquait la *lex commissoria*, pouvait, selon la diversité de l'interprétation, être taxée de loi rétroactive. Le contrat pignoratif de la *lex commissoria* remettait au créancier une chose en gage avec cette clause que si le débiteur ne se libérait pas intégralement avant un jour fixé, la chose devenait la propriété du créancier. Considéré en lui-même ce droit éventuel du créancier était un droit irrévocable et par conséquent un droit acquis dès le moment du contrat. Mais, d'après ce que notre théorie vient d'établir, il ne pouvait en être ainsi que jusqu'à la promulgation d'une loi prohibitive. C'est dans l'application de cette loi aux contrats existants déjà que les auteurs ont vu la rétroaction ; mais, en tant que le terme stipulé pour le paiement de la dette n'est pas encore arrivé, il n'y a pas ici la moindre rétroactivité. Il en sera tout autrement si nous établissons l'hypothèse que la loi a voulu s'appliquer aux cas où le terme stipulé pour le paiement de la dette était écoulé déjà, où, par conséquent, la chose était déjà devenue la propriété du créancier. Dans ce cas il y avait en effet fusion autonome et définitive de l'objet et de la personnalité, la chose était devenue, peu importe d'ailleurs à quel titre, la propriété de cette personnalité ; il existait donc un *finitum atque absolutum*, qui ne peut être aboli, aussi longtemps qu'il n'aura pas été décrété que les objets ne peuvent tomber en général sous ce mode de possession *alicujus in bonis, in patrimonio esse* (1).

(1) Il est permis de se demander si réellement la loi peut être interprétée dans ce sens inadmissible. Le texte de la loi sembla plaider en faveur de cette interprétation : *hac sanctione respiret, quæ cum præteritis præsentia quoque depellit et futura prohibet.* S'il faut prendre ces expressions au pied de la lettre, le *futura* se rapporterait aux contrats futurs, le *præsentia* aux contrats actuels, et il

La règle pour la possession de l'objet s'applique également pour la *juris quasi possessio*. Mais il faut ici comme là mettre cette restriction : il ne faut pas que la loi prohibitive abolisse justement la faculté de ce droit de se trouver dans la propriété et par conséquent dans la possession de l'individu.

Il faut faire remarquer à ce sujet que même la condition des personnes peut tomber sous la possession. L'esclave peut acquérir la liberté par la prescription ; de même la filiation peut s'acquérir par prescription (L. 14 de probat. et praes. 22, 22, 3. — L. 9 et 33C. de nuptiis, 5, 4. — L. 14 et 15 C. de probat., 4, 19) et les dispositions du Code civil sur la possession d'état, art. 197 et 320.

De là vient que tout état personnel, constitué par un acte de la volonté, se maintient en face des lois prohibitives tant que celles-ci prohibent simplement telle ou telle acquisition, mais non pas l'existence même de l'état.

Si donc, après le prononcé du divorce, il intervient une loi prohibitive déclarant l'indissolubilité du mariage, cette loi ne peut plus atteindre les divorcés ; et cependant elle a trait à l'existence même des droits et dans un pays où, d'après les dispositions du Code civil, la séparation est prononcée non par le juge même, mais par l'employé de l'état civil, elle infirmerait ce prononcé du divorce qui, tout en ayant force de loi, n'avait pas encore été suivi d'exécution. Mais l'état de célibat n'est pas aboli par cette loi ; ce qui se trouve prohibé, c'est une nouvelle acquisition de cet état par des gens mariés. La possession de cet état, une fois produite, ne peut être atteinte par cette loi prohi-

ne resterait pour le *præteritis* que les cas où le terme stipulé pour le paiement est déjà passé, où par conséquent le transfert de la propriété est un fait accompli. La question est de savoir si dans ces expressions il ne faut pas voir un simple luxe de paroles, de la phraséologie. C'est ce que semble indiquer : *Si quis tali contractu laborat*, et non pas *laboravit ;* et cette expression finale : *creditores re amissa*, etc. ; ce n'est pas en effet de créanciers seulement, mais encore de propriétaires qu'il aurait fallu parler dans ce cas.

bitive, puisque cet état peut toujours faire l'objet de la possession.

C'est encore ce qui nous explique qu'une nouvelle loi relative à la preuve à fournir par le mari, qui intente à sa femme une action en désaveu de paternité quant à un enfant né durant le mariage, s'applique immédiatement pour les enfants existants déjà, si la nouvelle loi rend la preuve plus difficile et ne s'applique pas, quand elle rend cette preuve plus facile. Si la production de la preuve rencontre des difficultés plus grandes, le mari se trouve uniquement frappé dans un droit que lui avait conféré la loi, mais dont il n'avait pas fait usage jusqu'alors. Une loi de ce genre a du reste un caractère rigoureusement cogent : le désaveu d'un enfant né pendant le mariage est défendu, excepté dans les cas pour lesquels la preuve reste admise.

Quand au contraire la preuve à fournir dans une instance en désaveu de paternité est facilité, il semble au premier abord que le résultat devrait être le même. C'est en vain qu'avec Merlin (*Rép. de jurispr.*, v° Effet rétroactif, sect. 3, § 2, art. 17, t. V, p. 550) on voudrait invoquer la règle « Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt (1) ». Cet argument contient une pétition de principe, puisque dans le cas supposé, le mari nie précisément l'existence de ces *jura sanguinis*, et que cette existence ne sera reconnue que si la preuve exigée n'est pas apportée. Quand donc, pour contrebalancer la difficulté que le principe : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* apporte à la production de la preuve, cette preuve est rendue plus facile, il semble que, simplement en vertu de la règle : *Fictio fecit veritati*, cette modification devrait avoir son application immédiate, d'autant plus que d'une part il s'agit d'une preuve à fournir et que d'autre part ces dispositions se fondent sur des raisons d'intérêt public et font par conséquent partie du *jus publicum*.

Et cependant, d'après ce qui précède, cette conclusion

(1) L. VIII, *de reg. juris* (50, 17).

serait inexacte, et voici pourquoi. En vertu de son acte de volonté — qui est impliqué dans l'action des parents de par la représentation personnelle — l'enfant a produit, comme étant sa propriété personnelle, l'état de filiation ; or, la nouvelle loi n'a de caractère prohibitif qu'à l'égard d'un mode déterminé d'acquisition, mais non pas à l'égard de l'existence même de cet état ; elle ne peut donc influer sur les cas où il existe déjà la possession de cet état et l'enfant ne saurait perdre cet état qu'en application des conditions fixées, dès l'acquisition, pour la production des preuves.

Et maintenant il nous est également possible de comprendre bien des lois romaines promulguées sous les empereurs ; avant ces considérations elles devaient nous paraître irrégulières, mais à l'heure qu'il est, par une action de réciprocité, elles vont confirmer tout ce que nous avons dit. C'est ainsi que, par exemple, l'empereur Justinien, dans la l . 7, C. *de natural. liber et matrib.* (5, 27), par laquelle il rapporte l'ancienne loi 6, promulguée par l'empereur Anastase, relativement au droit de succession des enfants naturels, décrète que pour les enfants qui, par adrogation ou adoption avaient été, soit avant, soit après cette loi d'Anastase, admis aux *paterna sacra*, l'adrogation et l'adoption continuent à subsister avec tous leurs effets (*firma permaneat*). « Sint itaque — dit Justinien — post eamdem adrogationem seu adoptionem sui et in potestate patrum successionem que tam ex testamento quam ab intestato capiant prout in arogatis seu adoptatis constitutum est. » Mais à partir de cette date, devaient seuls hériter les enfants nés d'une union légitime sans que l'adrogation ou l'adoption des enfants naturels pût fournir un prétexte valable.

Comme cette loi a trait au droit successoral, on pourrait être tenté de croire que c'est par dérogation à la règle et en contradiction des principes qu'elle ne s'applique pas à toutes les successions dont la délation n'est pas encore un fait accompli. Mais en réalité c'est l'application générale

qui se ferait en méconnaissance absolue de la chose. La loi ne traite pas du droit successoral des enfants légitimes qui est toujours sujet à modification ; elle ne traite pas davantage du droit des enfants naturels, pris comme tels. Elle se rapporte plutôt à la question de savoir si les enfants naturels peuvent dans certaines circonstances acquérir la qualité d'enfants légitimes. Le droit d'héritage, que leur reconnaissait l'ordonnance d'Anastase, n'était que la conséquence nécessaire de cette qualité de *sui* et de *legitimi*. Mais du moment que, conformément à l'ordonnance d'Anastase, des enfants naturels avaient acquis, par l'adrogation, le caractère de *sui*, ils étaient entrés en union étroite avec la qualité de légitimité et avaient obtenu, sur cette qualité, un droit de propriété que rien ne pouvait plus leur enlever.

Mais on pourrait dire également que cette loi se rapporte à la question de l'état personnel — l'enfant est légitime ou bien naturel — et que par conséquent elle doit s'appliquer immédiatement à toutes les personnes. Or, en tant que l'état personnel a pour intermédiaire le droit familial, il n'est plus, par suite de l'identité de personne, un droit, mais une condition juridique constituée par un acte individuel de volonté (v. § 2. A.).

§ 9. — *Les lois absolues. Rétablissement des actions par la disparition de ces lois. Distinction des prohibitions matérielle et formelle. Différence conceptuelle entre les changements de fait et les changements de droit. Différence dans les effets. La ratification ; comment les prétendues exceptions s'en résolvent dans les différences du concept.*

Nous avons vu dans les paragraphes précédents comment, par la promulgation de lois prohibitives, l'effet d'actes volontaires individuels primitivement valables se trouvait resserré dans les limites idéelles qui lui étaient im-

manentes dès le principe et découlaient de la substance et de l'être du droit.

Il nous reste à montrer maintenant, — et ce sera la conséquence des mêmes principes et pour ainsi dire la preuve, par le contraire, de l'exactitude du concept, — si et comment la révocation de lois prohibitives existantes peut faire renaître dans leur force primitive les actes volontaires que ces lois avaient prohibés et par conséquent frappés de nullité radicale.

Nous avons vu précédemment (p. 314, note 2) que la volonté individuelle, si elle se trouve à son origine en face d'une loi prohibitive, ne peut jamais, quelles que soient d'ailleurs les circonstances, arriver à une existence juridique, pas même comme simple volonté conditionnelle, mais qu'elle existe simplement en tant que volonté de fait et naturelle. Mais si l'individu maintient cette volonté naturelle jusqu'à la disparition de la loi prohibitive, il est évident que cette simple volonté naturelle, une fois tombé l'unique obstacle qui se dressait en face d'elle, devra dès lors acquérir également l'existence juridique ; en d'autres termes, l'action redevient valable après coup. Il est facile de se rendre compte qu'il n'y a nullement rétroaction ni violation de la libre volonté individuelle ; cette reconvalescence repose au contraire sur le concept de la libre volonté individuelle qui réclame l'absolu déploiement de son être, du moment que des lois prohibitives ne s'y opposent plus.

La définition donnée indique d'ailleurs par elle-même que cette reconvalescence ultérieure ne peut se produire que si les deux conditions ci-dessous se trouvent remplies ; il peut se produire.

1° Quand la loi prohibitive en vigueur jusqu'alors s'appliquait à la matière de l'action, et non pas à la forme ; en d'autres termes, quand, en vertu de la prohibition, l'individu se trouvait jusqu'alors dans l'impossibilité radicale de donner l'existence juridique à ce qui faisait le fond de l'acte de volonté. Mais la reconvalescence ne peut avoir lieu, si la prohibition ne visait que certaines formes spéciales de

l'action et permettait d'atteindre la même matière de la volonté par d'autres formes.

2° Il faut, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, que la volonté n'ait pas été interrompue, mais se soit continuée jusqu'au nouvel état de choses.

Les raisons de ces deux conditions découlent du concept même de la chose et n'en représentent que le développement.

Si la matière de l'action n'était pas défendue, si la prohibition ou la prescription légale cogente visait uniquement la forme et que, par conséquent, il avait été loisible à l'individu, du temps même de la loi prohibitive, d'atteindre, par une autre forme, la matière de l'action et de lui donner la réalité juridique, il est évident que, par suite de cette omission volontaire, nous ne pouvons supposer chez cet individu une volonté réellement obligatoire. Nous devons plutôt nous dire que cet individu n'avait l'intention que d'engager sa volonté naturelle, sans dessein de lier sa volonté civile. Nous serions en pleine rétroactivité juridique si, pour un individu, l'obligation de sa simple volonté naturelle pouvait, après coup, être transformée en une obligation de la volonté civile et cogente (p. 152, sqq.); il s'ensuit naturellement qu'un individu, qui sous l'empire d'une loi prohibitive purement formelle aurait pu lier sa volonté *civiliter*, mais ne l'a pas fait, reste civilement libre de toute obligation après la disparition de cette loi prohibitive.

Une fois de plus l'on peut voir la confirmation rigoureuse et systématique de notre théorie, en ce que les lois prohibitives, classées par nous dans la deuxième classe des lois de ce genre, et incapables de produire par leur promulgation une abrogation quelconque, sont justement ces lois prohibitives purement formelles dont la disparition ne saurait provoquer la reconvalescence d'une action.

Quelques exemples nous serviront tout d'abord à jeter plus de lumière encore sur ce qui précède, ensuite à en faire voir l'application empirique. Occupons-nous d'abord

des effets certainement moindres (nous en verrons bientôt la raison), qu'au point de vue de la reconvalescence la disparition physique de circonstances prohibitives exerçait, d'après le droit romain, sur des actions antérieures.

En cas de minorité de l'un des époux, ou de mariage entre un sénateur et une affranchie, entre un fonctionnaire provincial et une provinciale, le mariage était nul. Mais si l'époux mineur atteignait la puberté, si le sénateur perdait sa dignité, si le fonctionnaire provincial se démettait de sa charge, le mariage nul devenait valable (1) dans tous les cas précités (2). Mais il faut faire remarquer expressément, comme le font du reste les jurisconsultes romains, que, pour produire ce résultat, la volonté — c'est-à-dire, dans le cas actuel, l'état de mariage — devait se continuer jusqu'à l'entrée en vigueur du nouvel événement. Pomponius dit expressément dans la l. 4 : « Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, quum apud virum explesset duodecim annos. » Paul dit de même dans la l. 65 : «... Tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, justas nuptias effici, etc. » Il est évident qu'il faut suppléer cette condition de Pomponius après le passage d'Ulpien (l. 27).

Nous trouvons donc réunies ici les deux conditions nécessaires pour la reconvalescence : la volonté a été maintenue jusque dans le nouvel état, où l'empêchement prohibitif n'existe plus, et cette loi prohibitive n'était pas une loi purement formelle, défendant et prescrivant, pour cette action, telle au telle forme déterminée ; cette loi prohibait l'action matérielle elle-même (3). Peu importe, pour le mo-

(1) L. IV, 27 ; l. 65, § 1, *de ritu nupt.* (23, 2).

(2) De même, comme l'on sait, un mariage conclu dans des conditions de validité devenait nul, si dans la suite l'un des époux perdait le droit de cité ou la liberté.

(3) Justinien lui aussi procéda comme nous venons de l'indiquer. Lorsque par la novelle 117 (chap. VI, etc.), il rapporte l'ordonnance de l'empereur Constantin sur la défense de mariage entre certains dignitaires et certaines catégories de femmes, il prescrit dans

ment, la cause d'où provient la disparition de l'empêchement prohibitif : que le sénateur ait été expulsé de la ville ou qu'une loi nouvelle autorise les mariages entre sénateurs et affranchies. Cependant cette dernière modification aurait une influence plus forte encore.

Il est du plus haut intérêt de bien comprendre le fondement conceptuel de cette influence plus forte ; cela nous permettra d'en saisir l'étendue déterminée par le concept. Il nous faut donc développer ici ce que nous avions déjà promis au § 7 : la différence conceptuelle qu'il y a entre les changements de fait et ceux de droit.

Si le mariage est devenu valable, parce que le sénateur a été exclu du Sénat, il n'y a rien de changé dans la conception de la conscience juridique existante. La disparition de la prohibition vient de ce qu'un individu, au lieu d'être rangé sous telle ou telle catégorie des lois existantes concernant le mariage, rentre maintenant dans une nouvelle catégorie de ces mêmes lois. La conscience juridique générale est donc restée complètement identique avec elle-même ; mais pour l'individu, il y a une modification de fait, en vertu de laquelle l'empêchement cesse d'exister pour cet individu. Il s'ensuit de toute nécessité que l'action, si pour son accomplissement valable il n'est point requis de forme particulière, la simple volonté suffisant dans n'importe quelle forme (et c'est le cas pour les mariages romains valablement contractés *sola affectione*), ne devient valable qu'à partir de ce moment. En d'autres termes : les enfants nés auparavant, sous le régime de la prohibition, restent illégitimes. Tous les passages des Pandectes mentionnés ci-

l'épilogue : « Quæ igitur præsente hac et in perpetuum valitura lege serenitas nostra definit, in omnibus prædictis casibus obtinere volumus, nisi forte aut sententia judiciali, aut amica conventione decisa sint, quæ suum robur habere sancimus. » Les mariages nuls au moment de leur conclusion deviendront donc valables par l'abrogation de la loi prohibitive de Constantin, pourvu qu'ils soient valables d'après la novelle de Justinien.

dessus supposent cette conclusion, ou même l'énoncent expressément.

Mais lorsque (et tel est le cas de la loi prussienne dont nous allons nous occuper sous peu) la modification ne se borne pas à placer l'individu en question sous une autre des lois existantes, mais que l'abrogation porte sur la loi même, nous nous trouvons en présence d'une modification survenue dans la conscience juridique générale.

Or, toute action qui ne peut faire, d'après l'idée juridique existante, l'objet d'une défense, doit être considérée, si l'on se place au point de vue de cette idée juridique, comme rentrant essentiellement dans le domaine de la libre volonté individuelle. Par le fait même que cette prohibition se trouve supprimée par le contenu de la conscience juridique actuelle, elle semble être un empiètement sur le domaine réservé au droit naturel de la libre volonté individuelle, elle semble même méconnaître ce droit. Il ne saurait en être autrement, puisque cette prohibition consistait précisément à ne pas reconnaître ce que la conscience actuelle reconnaît comme existant en soi, et dont elle fait par conséquence quelque chose d'existant en soi et pour soi (1).

Pour la nouvelle conscience juridique, pour la conscience actuelle, l'action précédemment prohibée est donc une ac-

(1) Le principe : Ce qui n'est pas défendu, est permis, devrait être de droit naturel. — L'abrogation d'une prohibition de fond ne peut jamais avoir la signification d'une loi purement positive. L'abrogation d'une prohibition, faite par la conscience juridique générale signifie donc la réalisation, c'est-à-dire la reconnaissance d'un élément qui existait déjà par lui-même. C'est en vertu de cette existence du droit par soi que la nouvelle conscience juridique doit nécessairement regarder comme primitivement valable en elle-même l'action précédemment prohibée. (Il ne s'agit ici que des lois prohibitives qui visent le fond, et non pas la forme d'une action). Du moment que l'esprit imagine quelque chose comme existant en soi, cette chose est imaginée comme vivant, sous cette forme, de toute éternité. L'histoire et le droit historique ne sont que la réalisation de ce principe qui existait de tout temps dans la nature humaine, soit en lui, soit encore d'après son concept.

tion autorisée et valable en elle-même ; elle vaut en soi, mais rien de plus. Ici la signification est double. Le droit n'est pas le domaine de l'existence en soi, mais celui de l'existence pour soi de la réalité. Ne peuvent donc avoir de validité, dans le droit, que les choses auxquelles la conscience juridique générale a déjà conféré de la validité. Or, cette légitimité qui, *ab initio*, appartenait en soi à l'action, n'est devenue réelle qu'avec la nouvelle loi qui la reconnaissait et supprimait en même temps l'ancienne prohibition (1).

Voici la situation exacte telle qu'elle ressort des considérations précédentes : Dès le premier moment, ce mariage était valable en lui-même ; mais cette validité n'existait qu'en soi et n'était pas une validité juridique et réelle ; et c'est actuellement qu'elle est reconnue et devient réelle. A partir de l'instant où elle est ainsi devenue réelle, nous devons constater, dans cette union, toutes les conséquences d'un mariage qui dès le début était valable en soi. A partir de cet instant, où la conscience juridique générale a réalisé la validité de ce mariage et lui a par conséquent conféré la réalité juridique, tous les effets d'un mariage valable dès sa conclusion doivent se réaliser en ce mariage et être reconnus par tous. En d'autres termes : à partir de ce moment, les enfants nés durant la prohibition, doivent être considérés comme enfants légitimes et ils peuvent revendiquer cette qualité pour tous les effets juridiques auxquels cette situation peut donner l'occasion de se produire. Et en effet la loi prussienne du 27 février 1816, dont nous allons nous occuper un peu plus loin, prescrit que tous les enfants issus, pendant la prohibition, des mariages en ques-

(1) La discussion ci-dessus (voir la note précédente) représente le point véritable, auquel il faut se placer pour comprendre le rapport existant entre le droit naturel d'une part, le droit historique ou réel d'autre part. Ce dernier représente simplement le processus par lequel le premier se réalise en tant qu'existant en soi dans le concept logique ; mais cette existence en soi ne se réalise sous le droit réel que par l'intelligence que l'esprit historique acquiert de lui-même.

tion, « doivent être regardés comme enfants légitimes ».

Mais nous avons parlé plus haut d'une double conséquence attachée à cette conception qui voit dans les mariages ainsi définis des mariages qui, à l'origine, sont valables en eux-mêmes, sans être valables encore en droit.

La nouvelle conscience juridique est bien forcée d'admettre, tout en reconnaissant la validité primitive, en soi, de ces mariages, que cette validité ne pouvait, à l'époque où elle se heurtait à la prohibition édictée par la conscience juridique générale, qu'exister en soi, sans aucune réalité juridique. La vérité se trouve plutôt dans l'hypothèse contraire : en vertu de la nature juridique de la loi prohibitive, le mariage ne pouvait, pendant toute l'existence de cette prohibition, avoir une existence juridique quelconque, même conditionnelle ; ainsi que nous l'a montré la note ci-dessus, la nature de la substance juridique interdisait absolument ce terrain au mariage en question. Pour le temps que durait la prescription, la nouvelle conscience est impuissante à donner à ce mariage la réalité juridique : ce serait une rétroaction que n'autorisent ni le concept ni le droit. Par rapport à l'époque de la prohibition, il ne sert de rien à ce mariage que la conscience juridique actuelle le regarde comme valide en soi. D'une part, en effet, cette existence en soi trouvait alors en face d'elle la conscience juridique générale ; d'autre part on ne doit voir dans le droit que le domaine du réel admis par la conscience juridique générale ; l'unique résultat auquel on puisse aboutir sera donc inévitablement celui-ci : même en se plaçant au point de vue de la conscience juridique actuelle, il faut avouer que, durant le temps de la prohibition, le mariage n'avait pas d'existence juridique, à cause précisément de la nature exclusive de l'ancienne conscience prohibitive. Par rapport à l'époque de la prohibition, par rapport également à toutes les conséquences, à tous les effets juridiques provenant de cette époque, les enfants nés antérieurement à l'état de choses actuel sont donc et demeurent simplement illégitimes. Et même, par rapport à cette époque, il n'est pas

possible à la nouvelle conscience juridique de les reconnaître (par exemple, par un acte législatif) ; car il est logiquement impossible d'admettre, tout en reconnaissant même cette primitive existence en soi de la validité, qu'un acte quelconque ait eu la réalité juridique dans un temps où il se trouvait directement exclu par la nature de la substance juridique, la teneur de la conscience juridique générale. Qu'il s'agisse par exemple de la succession des grands-parents ou d'une autre succession, dont la dévolution se sera faite pendant l'existence de la loi prohibitive actuellement abrogée : en tant que les enfants doivent être légitimes pour recueillir la succession, il n'y a nulle modification apportée à leur incapacité d'hériter ; il en va de même, lorsque l'abrogation de la loi prohibitive et par conséquent l'acquisition du caractère de légitimité *ab nunc* se font alors qu'il y a des procès en cours relativement à cette succession ; enfin il n'y a rien de changé lorsque ce caractère est acquis avant toute entrée en jouissance des successions, dans les cas du moins où cette entrée en jouissance se fait de plein droit par la délation. Ces successions ne peuvent aller qu'aux personnes qui étaient déjà aptes à hériter au moment de la dévolution.

Cet exposé nous a permis enfin de développer graduellement et dans toute sa profondeur intime le concept réellement spéculatif, sur lequel reposent tout aussi bien l'abrogation des contrats postérieurs due à la promulgation de lois prohibitives (voir § 7) que le rétablissement des actions provoqué par la disparition des lois prohibitives, tel que nous l'avons développé dans le paragraphe présent. Tout d'abord ces deux effets sont diamétralement opposés l'un à l'autre, et ils reposent cependant tous deux sur ce concept commun et vraiment spéculatif de l'esprit, qu'un acte existant en soi se produise maintenant dans la réalité.

Dans la première hypothèse, c'est-à-dire lors de la promulgation de nouvelles lois prohibitives, c'est une limite existante en soi qui devient réelle ; dans la seconde hypothèse, où il s'agit de l'abrogation des lois prohibitives, c'est

au contraire un droit existant en soi qui entre dans la réalité. Or, l'esprit ne considère pas cette position (d'une limite ou d'un droit) comme une position arbitraire ou accidentelle, mais comme la pure manifestation extérieure d'un être substantiel qu'il renferme déjà en soi ; par conséquent cet être, en tant qu'il représente l'existence en soi de l'esprit, s'est déjà transmis à toutes les actions spirituelles, considérées en soi, et il vit dans ces actions ; lorsque donc cette existence en soi entre dans la réalité, la même réalisation s'opère, à partir de ce moment, dans toutes les actions antérieures ; en d'autres termes, l'effet de la nouvelle loi *ab nunc* se manifeste dans ces actions (1). Mais, d'une

(1) Nous voyons maintenant l'idée véritable de la *subtilis divisio juris et facti*, comme Justinien s'exprime en un passage (L. 25 C. *de donationibus inter.*, etc.) Dans le changement de fait nous constatons un effet qui précédemment n'existait pas en soi, qui est plutôt le résultat d'une modification accidentelle survenue dans la situation de l'individu ; c'est un effet simplement posé, mais non pas une modification tirée de l'essence même de l'esprit. Puisqu'en tout cas l'individu passe sous la puissance d'une autre loi, il y a ceci de commun, entre la modification précitée et le changement de droit, que l'ancienne action, elle aussi, reprend sa valeur mais seulement à partir de ce moment, quand son existence valable n'est subordonnée par la loi, qu'à la volonté exprimée sous n'importe quelle forme (c'est ce qui a lieu pour les mariages romains, ou encore, comme un autre exemple nous permettra de le faire voir sous peu, dans le fidéicommis romain, quand la volonté, nécessaire pour ces actions, existe encore au moment dont on parle ; et l'on pourrait même expliquer ce résultat en disant qu'il y a, en quelque sorte, un nouveau mariage, un nouveau fidéicommis). D'autre part, il existe encore entre le changement de fait et le changement de droit, cette autre différence : dans le premier, les effets du fait antérieur persistent non seulement pour le passé, mais continuent même dans l'avenir. Ainsi, par exemple, les enfants nés jusqu'à ce moment restent illégitimes, et un testament fait pendant une incapacité maintenant disparue de fait (recouvrement de la raison, annulation de la déportation, affranchissement), reste nul, même après l'acquisition de la capacité (voir à ce sujet les applications, où la distinction entre les changements de fait et de droit est étudiée plus en détail).

part, cet effet ne se manifeste qu'à partir de ce moment ; d'autre part, le droit comme tel n'est pas le domaine de l'existence en soi, mais de la réalité reconnue par la conscience juridique universelle ; par conséquent les effets de ces actions, déjà complètement achevées pendant l'existence en soi des nouvelles dispositions, doivent elles continuer à se déterminer par ce qui existait réellement dans ce temps, c'est-à-dire par l'ancien droit.

Il nous est possible, à l'heure actuelle, de comprendre la nécessité de certaines dispositions : pourquoi, par exemple, on a le droit, même après une loi fixant le taux maximum de l'intérêt, d'exiger les intérêts antérieurement échus ; pourquoi les biens acquis par l'esclave avant l'abolition de l'esclavage demeurent la propriété du maître ; pourquoi les enfants nés avant l'abrogation de la loi prohibitive sur le mariage demeurent illégitimes, par rapport aux successions dévolues jusqu'alors.

Essayons de donner encore quelques exemples dans lesquels les actions sont reconvalescentes dans le droit romain, par un changement de fait. Quand un *filius familias* soumis encore à la puissance paternelle, un déporté ou un esclave, qui tous trois étaient absolument inaptes à l'expression d'une dernière volonté, avaient établi un fidéicommis (dans le sens romain du mot) et que dans la suite ils fussent émancipés, rétablis dans leur droit de cité ou affranchis, le fidéicommis devenait valable (1) ; et naturellement une loi portant abrogation de cette incapacité aurait au moins autant d'effet que l'abrogation de cette incapacité par restitution du droit de cité, par affranchissement. Il va de soi que nous retrouvons à ce sujet, chez Ulpien, l'énoncé de la condition : il faut que la volonté créatrice du fidéicommis se continue jusqu'au temps où la prohibition a disparu : « videlicet si duraverit voluntas post manumissionem... si modo in eadem voluntate duravit ».

Dans la loi prussienne du 27 février 1816 nous retrou-

(1) L. I, § 1 e 5, *de legat. et fideicomm.* 32.

vons, en partie, la confirmation de ce principe ; mais pour une autre part le désaccord est manifeste. Cette loi décrète la validité des mariages contractés devant les seules autorités ecclésiastiques, en Westphalie et dans les Pays Rhénans, pendant la domination étrangère ; elle décrète du même coup la légitimité des enfants nés de ces mariages ; et tout cela, quand même les formes légales prescrites, sous peine de nullité, par le Code français pour la célébration des mariages, n'auraient pas été observées.

Dans cette loi, surtout pour la Westphalie, où, comme tout le monde sait, on avait rétabli le code prussien, nous avons une reconvalescence des actions telle que nous l'avons définie ci-dessus. Il nous semble cependant qu'il existe une certaine différence : sous le régime du Code civil français, les parties intéressées étaient absolument libres de contracter validement mariage en observant les formes prescrites par le Code ; par conséquent ces dispositions cogentes ou prohibitives ne visaient que la forme des actions. Mais, la conception qui détermina, chez le législateur prussien, la promulgation de la loi en question, était évidemment celle-ci : les scrupules religieux auraient pu empêcher les parties intéressées de contracter mariage devant l'employé de l'état civil, et les intéressés se seraient ainsi trouvés, fût-ce même par scrupule religieux, dans l'impossibilité de contracter légalement mariage.

Si telle était l'idée dont s'inspirait cette loi, — peu importe d'ailleurs que l'on approuve ou que l'on répudie cette idée, la loi dont il s'agit appartient évidemment à la classe des lois qui se proposent d'abolir une prohibition matérielle, que les individus n'étaient pas à même d'éviter.

Ceci compris et admis, il est de toute évidence que cette loi correspond aux développements que nous avons donnés plus haut ; et nous y trouvons l'effet du changement de droit tel que nous l'avons étudié, et qui dépassait de beaucoup, dans le cas ci-dessus mentionné du droit romain, les effets produits par la reconvalescence des actions par suite du changement de fait. Dans le droit romain, le

mariage était conclu du moment que les contractants avaient l'intention de contracter un mariage véritable ; on pouvait donc expliquer la reconvalescence de l'action en disant que, par suite de la persistance de cette volonté non revêtue des formes juridiques, le mariage n'était contracté qu'au moment actuel ; mais on ne pourrait pas appliquer intégralement ce raisonnement au cas du droit prussien dont nous parlons ici. Puisque, d'après ce droit, il faut l'observation de formes déterminées pour la conclusion valide du mariage, que, d'autre part, les mariages antérieurement contractés ont été simplement déclarés valides, il n'y a pas ici conclusion d'un nouveau mariage, ce qui était impossible en l'absence des formes juridiques ; il y a tout simplement déclaration de validité du premier mariage, qui était nul au moment de sa conclusion. Comme la nouvelle législation admet la validité de ce mariage au moment même de sa conclusion, il faut que sa validité apparaisse maintenant dans la réalité. Par rapport à la validité des mariages en question, nous pouvons donc, en y regardant d'assez près, constater également, dans le droit prussien, cet effet plus grand qui correspond au changement de droit, c'est le même effet dont nous avons apporté la preuve à propos de la légimité des enfants (1).

Il existe enfin, entre la reconvalescence amenée par un changement de fait et la reconvalescence amenée par un changement de droit, une dernière différence que nous ne pouvons passer sous silence, tellement est grande son importance théorique et pratique.

Ainsi que nous venons de le dire, la reconvalescence suppose la persistance de la volonté individuelle jusque dans le nouvel état de choses, et il ne suffit donc pas qu'elle se soit

(1) Le § 1 de cette loi porte : « Tous les mariages contractés dans les provinces ci-dessus mentionnées et bénis par l'autorité ecclésiastique devront être regardés comme valides et les enfants nés de telles unions considérés comme légitimes, quand même les formes légales prescrites, sous peine de nullité, par le Code français, pour la célébration des mariages, n'auraient pas été observées. »

manifestée dans un acte unique et transitoire. Mais la théorie ne s'applique, avec cette étendue, qu'à la reconvalescence provoquée par l'abrogation physique d'une prohibition (matérielle) ; et nous allons voir les changements conceptuels que cette théorie subit, lorsque la convalescence est due à un changement de droit.

Ainsi que nous l'avons vu plus haut, les jurisconsultes romains veulent que la volonté dont provient le mariage ou le fidéicommis ait persisté jusqu'*après* le nouvel événement qui fait tomber la prohibition. Il faut entendre ceci au pied de la lettre ; il ne suffit pas que la volonté persiste jusqu'au moment où se produit le nouvel événement, il faut qu'elle persiste encore après ce moment. Les paroles mêmes des jurisconsultes romains ne laissent aucun doute à ce sujet. Pomponius, il est vrai, ne s'exprime pas très clairement : *quum apud virum explesset*, etc ; mais par contre, Paul nous dit expressément que le mariage du sénateur est valable *post depositum officium*, si l'homme *in eadem voluntate perseverat* (donc, à partir de ce moment) ; Ulpien dit non moins explicitement que le fidéiscommis est valable, *si duraverit voluntas post manumissionem*.

La raison en est évidente. En effet, l'acte accompli pendant la durée de la prohibition qu'un changement de fait vient de faire tomber, n'avait, devant la conscience juridique générale, aucun validité en soi ; au moment où la prohibition tombe, il n'y a donc rien d'existant en soi, qui puisse passer dans la réalité à cet instant précis et idéal. La validité de l'action provient donc uniquement de ce qu'à l'heure actuelle, c'est-à-dire après la disparition de la prohibition, la volonté, dont le mariage est la conséquence, existe toujours.

C'est pourquoi d'autres lois encore ont établi que, même après la disparition naturelle de la prohibition, la volonté devait persister durant un certain laps de temps, afin de pouvoir en constater l'existence véritable et donner ainsi lieu à la reconvalescence. Ainsi l'article 185 du Code civil dit : « Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient

point encore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué : 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent... » Et cette théorie est d'autant plus inattaquable que, d'après le droit français, le mariage ne peut être contracté qu'en observation de formes civiles bien déterminées; la *sola affectio* ne suffit pas.

Mais on se rend compte immédiatement qu'il ne pouvait en être ainsi dans la loi prussienne de 1816 ; le texte nous indique d'ailleurs que telle n'était pas l'intention du législateur. Les mariages devaient être valables alors même qu'au moment de la promulgation de la loi l'un ou l'autre des conjoints n'avait plus la volonté nécessaire à la validité.

Mais pour prouver la justesse fondamentale de cette thèse, il vaudra cependant mieux de laisser de côté cette loi de 1816 ; elle vise tout d'abord la forme purement extérieure du mariage et c'est par un détour qu'elle devient enfin une loi telle que, d'après sa conception intime, elle abolisse une prohibition juridique. Supposons donc une loi qui supprime une défense purement matérielle de contracter mariage.

Supposons donc l'éventualité suivante : En observation des formes légales strictement requises il est conclu un mariage défendu soit par la parenté à un degré prohibé, soit par la différence de religion ou encore l'inégalité de la condition sociale; supposons en outre qu'une nouvelle loi vienne abolir l'ancienne prohibition de contracter mariage (Code prussien, IIe partie, tit. 1, § 933-940). Evidemment tous les mariages de cette sorte, non encore annulés, deviendront valables alors que, même au moment de la promulgation de la nouvelle loi ou antérieurement, la volonté réelle des conjoints n'aurait plus persisté ; alors que chez l'un ou l'autre des deux conjoints, ou même chez les deux à la fois, il y avait manifestation d'une volonté toute contraire, par exemple une séparation volontaire réelle.

Le fondement spéculatif de cette théorie se trouve dans

ce qui précède. Un mariage a été contracté volontairement, dans les formes valables. Pour la nouvelle conscience juridique, qui voit dans cette union un mariage permis dépendant de la libre volonté individuelle, ce mariage était *a priori* valable en soi. Cette existence en soi, qui était involontaire et inefficace durant l'existence du droit prohibitif, s'est trouvée reconnue et réalisée par la promulgation de la nouvelle loi, et au moment même de cette promulgation, ce mariage, encore existant, acquiert la validité en soi et pour soi.

Le même résultat peut se démontrer de la façon suivante, certainement plus juridique. Quelle raison l'individu veut-il invoquer pour la nullité de son mariage? Sa volonté individuelle ? Mais sa volonté fut plutôt de contracter mariage, et il l'a fait en observation de toutes les formes requises par une volonté véritable. La loi prohibitive? Mais cette loi n'existe plus; elle a fait place à une conscience juridique tout opposée. Ou bien l'ancienne loi prohibitive va-t-elle passer maintenant pour être un droit individuel acquis, parce qu'elle existait encore au temps du mariage? Mais le fait d'agir contre la défense d'une loi ne suffit certainement pas pour que l'individu contrevenant fasse de cette loi son bien propre, un titre acquis.

En conformité parfaite avec les différences exposées ci-dessus, ce n'est donc pas, dans le cas de la prohibition abolie par un changement de droit et contrairement à la prohibition abolie par un simple changement de fait, la volonté continuée jusqu'après la disparition de l'obstacle qui produit l'effet à partir de ce moment; l'ancienne action redevient valable comme telle: elle reste toujours, de la part de l'individu, une action dont il est l'auteur et qu'il n'a jamais révoquée; or, par sa nouvelle modification, la conscience juridique générale, qui jusqu'ici formait le seul obstacle à l'existence juridique de cette action, s'est identifiée avec cette dernière et lui a donné la sanction juridique (1).

(1) A première vue, cette théorie semble en contradiction avec ce

L'action acquiert donc cette sanction au moment idéal, où cette évolution de la substance juridique s'opère dans le

que nous avons dit précédemment (voir page 315, note 1) sur la non-validité de l'obligation conditionnelle courant contre la prohibition. Mais cette contradiction n'est qu'apparente : en effet, il n'y a rien de changé à ce que nous avons exposé plus haut relativement à l'existence en fait, mais non en droit, de l'obligation conditionnelle pendant la durée de la prohibition. Si cette stipulation conditionnelle était valable — ce que Paul nie d'ailleurs à bon droit — elle ne pourrait, une fois cette validité constituée, être révoquée par l'individu seul, pas même pendant la durée de la prohibition : or, cette révocation est possible. Et toute l'argumentation de la note en question converge uniquement vers la négation de cette validité conditionnelle *pendant l'existence* de la disposition prohibitive.

Nous remarquons, du reste, une seconde différence, qui écarte toute contradiction. L'obligation conditionnelle, mentionnée par Paul, a pour objet de livrer un homme quand il sera devenu esclave, ou un lieu quand *ex sacro religiosove* il sera devenu profane ? Or, cette obligation, non seulement ne serait pas valable pendant la prohibition, — tant que l'homme est libre et le lieu sacré, — mais la réalisation de la condition ne pourrait lui conférer de validité. L'ensemble de notre exposé en donne nécessairement la raison, nous n'avons ici qu'une nouvelle confirmation de cette raison : lorsqu'un homme libre est devenu esclave ou qu'un *locus sacer* déterminé est devenu profane, nous avons, à la suite d'événements réels, une modification juridique dans le droit de cet homme spécial, de ce lieu déterminé ; mais il n'y a pas eu de modification dans la conscience juridique générale elle-même. Celle-ci est restée tout bonnement identique avec elle. Pour cette conscience générale il ne peut y avoir de stipulation valide relative à un lieu de cette espèce déterminée, un *locus sacer* (au contraire, pour le cas que nous discutions dans notre texte, on ne regarde plus comme nul un mariage de cette espèce déterminée, un mariage d'un degré de parenté prohibé); de même, il est considéré comme tout aussi admissible qu'un *fundus* de l'espèce du *fundus* stipulé puisse être un *locus sacer*. Le fait qu'il n'est plus tel est une modification purement accidentelle et matérielle. Comme l'on voit, la différence vient à nouveau de ce point : dans la modification amenée par un fait, l'esprit ne voit qu'une modification accidentelle, mais non pas une manifestation de son être propre qui lui apparaisse comme un rappel de son existence en soi antérieure ; par contre, la modification immatérielle de l'opinion générale s'opère dans l'esprit même, et

changement législatif ; à dater de cet instant, l'action n'a pas besoin, pour persister, d'un degré de volonté supérieur à ce qu'il lui aurait fallu, si, dès le début, elle s'était faite sous une loi qui l'autorisait.

Mais lorsque pendant la durée de la prohibition la volonté individuelle a provoqué l'action, en sorte que la révocation soit appropriée à la nature de l'action et par suite suffisante ; si le mariage a été déclaré nul ou que le donateur ait révoqué la donation matériellement défendue, il est de toute évidence que l'abrogation de la loi prohibitive ne saurait plus produire de reconvalescence. Au moment idéal de son entrée en vigueur, la nouvelle conscience juridique générale ne trouve donc plus d'action ni par conséquent de volonté dont cette action serait la manifestation et qui pourrait maintenant redevenir valide. Et tout en admettant que, d'après la nouvelle manière de voir, l'ancienne action était valable en soi, elle ne peut contester à l'individu le

nécessairement elle a, pour l'esprit, la signification d'une modification non pas accidentelle, mais nécessaire, par laquelle il manifeste au dehors ce qui, en soi, existait depuis longtemps dans son essence.

Afin de projeter une clarté définitive sur la différence en question, ajoutons encore que, dans deux cas, la stipulation nulle supposée par Paul, avec ou sans condition, peut devenir valable : *a*) si la règle juridique, d'après laquelle les *res sacræ* font partie des *res extra commercium*, tombait en désuétude ; *b*) si la chose devenait profane, parce que, en vertu d'une modification dans la conception religieuse, toute la catégorie, à laquelle cette chose appartient (par exemple : un marais, une certaine espèce d'animaux, etc.) se trouvait rejetée en dehors des *res sacræ* ou *sanctæ*. C'est ici qu'apparaît la raison profonde de ce que nous avons avancé précédemment au paragraphe 7 ; on voit pourquoi la modification qui consistait à faire d'une chose ou d'un lieu *res sacra* et de les déclarer, par conséquent, *extra commercium*, n'était pas un changement de droit pur, mais une modification juridique basée sur des circonstances de fait. Plus haut, cette constatation importait peu et nous pouvions négliger de la faire. Ainsi qu'on le voit maintenant, le changement de droit pur a des effets distincts et plus forts, mais en tous les cas au moins égaux aux effets inséparables des lois prohibitives dont l'apparition est la conséquence de pures circonstances de fait.

droit d'avoir déclaré, pendant l'existence même de la loi prohibitive, par une seconde action ou une manifestation explicite de sa volonté, qu'à son avis cette première action est, conformément à la réalité, une action nulle et non avenue depuis le premier moment ; et cette déclaration aura été valable puisqu'elle était conforme à la réalité juridique d'alors. Cette deuxième action ou cette déclaration de volonté, faite en conformité de l'ancienne conscience juridique générale, reste donc pour l'individu un droit acquis.

En conséquence, l'abolition de ces lois ne peut plus en rien influer sur les mariages antérieurement annulés pour degré de parenté prohibé ou différence de religion (de même la loi prussienne de 1816 ne pouvait plus avoir d'effet sur des cas analogues) ; une loi subséquente ne peut pas davantage légitimer les enfants nés entre la conclusion du mariage et son annulation, puisque la nullité du mariage ne date pas de l'annulation, mais est posée par cette annulation, comme étant acquise *ab initio*.

Nous venons de faire allusion aux donations. Des principes ci-dessus développés il suit ceci : une donation qui excède le droit matériel de disposition et qui de ce chef est donc nulle, devient cependant valable si, du vivant même du donateur et avant qu'il n'ait révoqué la donation, la loi prohibitive, qui le limitait dans son droit de disposer, est abolie.

Nous trouvons une décision analogue dans un jugement rendu par le tribunal de Loudun, à la date du 10 avril 1822. Un père, mort sous le régime du Code civil, et probablement mort *ab intestat*, avait fait une donation dépassant la quotité disponible que la loi du 17 nivôse, an II, encore en vigueur au moment de la donation, avait réduite au dixième, dans l'intention évidente de favoriser les descendants. Le fils unique du défunt attaqua cette donation, pour la raison ci-dessus indiquée. Le défendeur en soutenait au contraire la validité, parce que, disait-il, elle n'allait par contre les dispositions du Code civil relatives à cette question.

Le Tribunal rendit un jugement contre le demandeur; en voici les considérants :

« Attendu que les donations entre vifs, étant irrévocables, ne peuvent être régies que par les lois sous l'empire desquelles elles sont faites ;

« Qu'il en résulte qu'elles ne peuvent jamais être réduites pour une légitime plus forte que celle fixée par la loi de la donation ;

« Mais que la légitime ne peut être demandée qu'après l'ouverture de la succession ; que le légitimaire n'en peut être saisi que par la mort, d'après ce principe, que le mort saisit le vif, et qu'il ne peut avant former aucune espèce d'action à cet égard ;

« Que les successions ne sont régies que par les lois qui existent à leur ouverture ; que c'est alors seulement que l'on peut examiner s'il y a lieu ou s'il n'y a pas lieu à la légitime :

« Que le légitimaire ne peut agir pour faire réduire les donations qu'en vertu de la loi qui régit la succession, puisque c'est cette loi qui établit son droit et qu'ainsi il ne peut demander plus que cette loi ne lui accorde. »

Merlin qui rapporte ce jugement (1) l'accepte pour les motifs précédemment exposés. Il faut bien avouer cependant que ces considérants sont absolument insuffisants. La donation avait été nulle. Et depuis l'entrée en vigueur du Code civil, le père ne l'avait pas confirmée. Le jugement n'essaie même pas de trouver cette confirmation dans le silence du père sur son lit de mort : ce procédé serait d'ailleurs impossible avec le système de la législation française en matière de donations et de testaments. Mais du moment que la donation n'avait jamais été valable, du moment que jusqu'à la mort il existait dans la fortune du défunt un droit de revendication sur les objets indûment donnés (2),

(1) *Rép. de jurispr.* V. *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 5, V, 585.

(2) Ce serait une erreur de voir, dans cette donation, non pas un acte radicalement nul, mais un simple point de droit contestable,

ce droit de revendication ne pouvait, d'après le principe : Le mort saisit le vif, passer qu'à l'héritier légitime (1).

La véritable justification du jugement ressort plutôt de ce qui précède. La donation est devenue valide par l'entrée en vigueur du Code civil ; mais il résulte de là qu'à partir de ce moment le donateur lui-même ne pouvait plus la révoquer.

Pour mettre totalement la théorie que nous venons de développer dans ce paragraphe à l'abri de toutes les objections possibles, il nous faut encore jeter un rapide coup d'œil sur la ratification, dont nous mettrons les conséquences conceptuelles en parallèle avec les conséquences dont nous avons donné plus haut le détail.

Puisque la ratification est tout simplement la survenance du consentement antérieurement inexistant, donné par un individu, elle constitue un changement de fait. Mais comme en général la ratification réagit sur le commencement de

dont la validité n'était empêchée que par le droit particulier de certaines personnes déterminées (le droit à la succession dévolu aux descendants) ; si bien qu'une fois disparu le droit de cette tierce personne, la donation n'était plus contestable et devenait, par conséquent, un fait réel : les considérants du jugement semblent, il est vrai, autoriser cette interprétation. Mais nous disons que ce serait commettre une grave erreur. Supposons, en effet, que l'obstacle représenté par le droit d'une tierce personne ait matériellement disparu, c'est-à-dire qu'à la place du Code civil la loi de nivôse soit restée en vigueur ; supposons, en outre, que l'unique descendant du père l'ait précédé dans la tombe : l'obstacle constitué par le droit d'une certaine personne déterminée aurait également disparu par la mort, et cependant, de l'aveu de tous, le père aurait toujours conservé le droit de révoquer cette donation frappée de nullité. La convalescence ne s'opère donc pas, parce que le droit d'opposition d'une tierce personne disparaît, mais parce qu'une loi se promulgue qui, par l'abrogation de la prohibition matérielle, reconnaît que la donation est un acte de volonté qui rentre dans le ressort de l'individu, que, par conséquent, elle est valide.

(1) Aussi la Cour de cassation, siégeant à Paris, a, par des jugements du 7 ventôse an XIII et du 1er février 1820, prononcé dans un sens contraire à la théorie émise par le tribunal de Loudun.

l'acte ratifié et le rend valide, non pas simplement à dater de la ratification, mais à dater du moment où il s'est fait, on pourrait voir dans cette manière d'agir une contradiction formelle aux lois logiques que nous avons déduites précédemment et l'on pourrait avoir l'idée de prouver que ces lois sont inexactes, incomplètes, impropres à une application systématique.

Mais cette apparence ne tient pas devant un examen sérieux ; et nous pouvons même arriver à la confirmation importante et systématique de ce que nous avons dit plus haut : la différence conceptuelle conserve son influence absolue même dans ce domaine.

Un point doit avant tout attirer notre attention : la ratification ne rend l'action — par exemple la convention signée sans mandat — valide depuis le commencement, que parce qu'elle est une acceptation volontaire, faite par l'ayant droit, de l'action première et de toutes ses conséquences réalisées déjà. La ratification se distingue donc de la convalescence qui survient de plein droit à la suite d'un changement de fait ou de droit ; la ratification possède en effet le caractère d'un contrat actuel, par lequel la volonté privée stipule expressément au sujet d'actions passées et les fait siennes avec tous leurs effets, autant du moins que l'invalidité première de ces actions découlait de son seul droit privé (1).

Comme corollaire à cette dernière restriction, il nous fait remarquer maintenant que la ratification n'a pas cet effet rétrodatant dans tous les cas.

Quand un mariage a été contracté sans le consentement paternel, mais que ce consentement soit donné par la suite, le mariage devient valable non pas à dater de sa conclusion, mais uniquement à dater du consentement paternel ; d'où il résulte que le mari ne peut pas déférer sa femme

(1) Et autant que ne s'y opposait aucune loi prohibitive, c'est-à-dire aucune disposition légale, à laquelle on n'aurait pu renoncer par le bon plaisir de l'ayant droit.

en jugement pour un adultère antérieur à ce consentement, puisque, jusqu'à ce jour, l'union était considérée comme simple concubinage (1).

De même la *dotis promissio* devient valable par le consentement subséquent du père, mais à partir du consentement seulement; et dans les mariages conclus contre les mandats impériaux, la dot reste acquise au fisc, quand même le consentement est donné dans la suite (2).

Et Paul affirme explicitement que les enfants nés antérieurement au consentement paternel demeurent illégitimes (3).

Tout en étant différent à d'autres points de vue, le cas suivant peut être placé sur la même ligne pour ce qui est du principe dont il nous faudra bientôt parler. On sait que le droit romain n'admet pas les donations entre mari et femme durant le mariage. Mais à la suite du discours d'Antonin, un sénatus-consulte décréta que si le donateur mourait avant d'avoir révoqué la donation, on devait voir dans ce silence la confirmation de la donation qui de ce fait devait être considérée comme valable.

Mais ce serait une erreur de croire que la donation, primitivement caduque pour manque de capacité, devient maintenant valable en tant que testament. Il nous suffira d'attirer l'attention sur un seul point : le testament invalable pour manque de capacité de la part du testateur aussi bien que de l'institué ne peut jamais, même d'après la doctrine romaine, devenir valable, parce que cette capacité existerait au moment de la mort, à moins qu'il n'y ait eu une répétition expresse de la volonté (4).

La donation devient donc actuellement valable, en vertu

(1) Ulpien, dans la l. XIII, § 6, « ad legem Juliam de adult » (48, 5) et l. XIII, « de his qui not. infam » (3, 2).

(2) L. VIII, C. *de nuptiis* (5, 4); voir l. LXVIII, *de jure dot.* (23, 3).

(3) L. XI, *de stat. hom.* (1, 5).

(4) Voir § 4, Instit. *de hær. qual.* (2, 19); l. VI, § 2; l. XLIX, § 1, l. LIX, § 4, *de hered. inst.* (28, 5).

de la confirmation tacitement supposée. Cette validité toutefois ne part pas du premier jour de la donation, mais de l'époque de la mort ; elle est donc traitée comme une donation pour cause de décès et la quarte Falcidie en est déduite (1).

Si nous examinons maintenant de plus près tous les cas mentionnés, nous verrons que ce ne sont pas de simples exceptions à la règle de l'effet rétrodatant de la ratification, au contraire, ces exceptions apparentes et cette règle apparente se révèlent comme le groupement symétrique d'un principe essentiellement un et cohérent.

Si, comme dans le mariage nul pour manque du consentement paternel, la nullité de l'action n'est pas une simple émanation du droit privé dévolu à un ayant droit qualifié pour consentir, mais qu'elle provienne de raisons du droit public ; s'il y a une véritable prohibition, ou, en d'autres termes, s'il y a une loi absolue sur laquelle il n'appartient pas à la volonté privée de transiger, la ratification subséquente ne peut pas produire de reconvalescence qui s'étende jusqu'au premier moment de l'action.

Malgré le fait ultérieur du consentement paternel, le mariage que l'ancienne manière de voir de la conscience publique prohibait pour manque de ce consentement, était nul et reste nul jusqu'au moment où ce consentement est donné.

Au contraire, lorsque la ratification concerne une obligation contractée en dehors de ma volonté ou l'engagement d'une chose qui m'appartient, il y a effet rétrodatant, parce que l'invalidité de ces actions ne repose pas sur une loi ab-

(1) Voir l. XXXII, *de donat. inter. vir. et ux.* (24, 1) ; l. XII, C *ad leg. Falc.* (6, 50) et l. XV, C. *de donat. inter vir. et ux.* (5, 16). Justinien fut le premier qui ait apporté, par la dernière des lois citées, de la confusion dans cette doctrine : ces confirmations tacites, et même explicites, il les faisait *sicut et alias ratihabitiones negotiorum*, tantôt rétroagir jusqu'au jour de la donation, tantôt, dans des cas particuliers, ne pas rétroagir.

solue, ni par conséquent sur une loi prohibitive, mais simplement sur un droit de la volonté privée (1).

(1) Il est intéressant, à cette occasion, de jeter un coup d'œil sur les prescriptions matrimoniales du Code général prussien. En général, ces prescriptions sont basées d'une façon indubitable, quoique non absolument logique, sur les définitions que nous avons précédemment développées ; d'après ces définitions, la validité ne peut commencer que *ab nunc*, quand la disparition des lois prohibitives est physique, mais il ne faudrait pas s'imaginer, d'autre part, que les empêchements, qui découlent uniquement du droit appartenant à une simple volonté privée, soient des prohibitions provenant de la conscience publique et que, par conséquent, ces empêchements disparus, l'action puisse devenir valable *ab initio*. Le Code prussien (partie II, tit. I, § 933 et suiv.) distingue entre les mariages nuls et les mariages invalables. Nous lisons au paragraphe 933 : « Les mariages qui ne peuvent jamais exister à cause des lois prohibitives en vigueur, sont appelés nuls » ; et au paragraphe 934 : « Les mariages, qui, à leur début, se heurtent à des obstacles légaux, mais qui, par la disparition de ces empêchements, acquièrent, dans la suite, force obligatoire, sont appelés invalables. » Le premier paragraphe parle donc explicitement des lois prohibitives comme telles. Le Code prussien ne nous dit pas quel est au juste le concept des *obstacles légaux*, mentionnés dans le deuxième paragraphe et opposés aux lois prohibitives ; il se contente de caractériser les mariages en question par leurs conséquences, au lieu de procéder en sens contraire et de dériver les conséquences du concept. Si maintenant nous nous rapportons aux paragraphes 968-972, où le Code prussien énumère les mariages invalables, on découvre que les empêchements visés sont, en majeure partie, ceux qui, du moins dans l'idée du Code prussien, ressortent uniquement du droit privé (manque de volonté individuelle, etc.). Conformément à notre développement, la différence principale entre les mariages nuls et les mariages invalables est celle-ci : Même quand il s'agit des mariages nuls en vertu d'une prohibition véritable, on admet que la disparition matérielle de la circonstance prohibitive peut leur permettre d'acquérir la validité. Mais il est défini que cette validité ne commence qu'à dater de ce moment ; et il est même prescrit une nouvelle célébration du mariage (le législateur n'a pas excédé son droit, voir au § 5 quel est ce droit, en imposant à l'individu la nouvelle confirmation de sa volonté). Nous trouvons au paragraphe 946 : « Pour que le mariage nul puisse, après la disparition de l'empêchement, arriver à la validité, il est de toute nécessité qu'il y ait

C'est ce que montre clairement un fait qui cadre d'ailleurs avec le concept de la loi prohibitive tel que nous l'avons partout maintenu : l'ayant droit est libre de renoncer à l'avance à l'invalidité des actions pour lesquelles il n'y aura pas son consentement. C'est ce qui se fait au moyen d'une procuration générale, par laquelle je nomme un *procurator omnium rerum aut ad omne negotium* (1) et par

une nouvelle célébration solennelle de ce mariage, d'après la forme prescrite par la loi » ; au paragraphe 947 : « La validité d'un tel mariage ne date que de cette seconde célébration. » (Cette prescription d'une nouvelle célébration indique en même temps qu'à propos de la disparition matérielle de la prohibition, disparition naturellement supposée dans tous les cas, le Code prussien juge avec raison que la reconvalescence ne saurait être possible que si la volonté (à qui on propose un acte valable) persiste encore après la disparition de la circonstance prohibitive). Quant aux mariages invalables, nous lisons au paragraphe 975 : « Mais si l'empêchement au mariage vient à disparaître dans la suite, il faut admettre la validité du mariage dès son premier moment. » Il est vrai que le Code prussien range les mariages contractés sans le consentement paternel parmi les mariages simplement invalables (§ 972) ; si, dans la suite, le père donne son consentement, ces mariages deviendront valides dès l'origine. Mais cette décision n'est nullement en contradiction avec le principe donné ci-dessus quand nous avons discuté le cas au point de vue romain ; rappelons ce principe : dans les cas où le manque du consentement paternel établit une prohibition véritable, la ratification subséquente de l'action ne peut lui procurer l'existence juridique qu'à dater du moment de la ratification, mais nullement pour le temps où cette action était contraire au droit. Dans les cas, en effet, où le consentement du souverain (pour les militaires) ou une dispense supérieure (dans l'inégalité de conditions) est requise, dans tous les cas, par conséquent, où d'après la manière de voir du Code prussien, il existe également une prohibition véritable découlant de l'intérêt public, le mariage est nul et reste nul, quand même le souverain accorderait ultérieurement le consentement ou la dispense nécessaires ; il ne devient valable que par une nouvelle célébration (§ 938, 940, 946). Le Code prussien reconnaît donc notre principe : S'il n'est plus d'accord avec nous lorsqu'il s'agit du consentement paternel, nous ne voyons là qu'une nouvelle preuve que le Code prussien se fait de la *patria potestas* une idée absolument différente de l'idée romaine.

(1) ULPIEN, l. 1, pr. 1, *mandat.* (3, 3). PAUL. *R. S.*, I, 3, § 2.

laquelle je déclare valables pour moi des actions futures, dans lesquelles il n'y aura rien de ma connaissance, ni *a fortiori* de ma volonté.

C'est pourquoi le *S. C. Macedonianum* n'est même pas une loi prohibitive par rapport au père, puisque rien n'empêche celui-ci de donner une procuration de ce genre à son fils encore sous la puissance paternelle; tandis que par exemple, pour le fils, l'incapacité de tester est une incapacité prohibitive, il n'est pas possible au père de lui conférer cette capacité. Et parce que cette loi n'est pas prohibitive par rapport à la responsabilité du père, il est évident que si le père ratifie un prêt fait par le fils, cette ratification conférera la validité (1) à ce prêt tout comme si la volonté particulière du père (c'est-à-dire le mandat) avait consenti ce prêt dès l'origine (2).

(1) Ulpien, l. VII, § 15, *de S. C. Macedon.* (14, 6) ; l. ult. C. *ad S. C. Macedon.* (4, 28).

(2) L'unique cas plausible que l'on pourrait trouver dans le droit romain pour l'opposer à notre théorie, serait celui-ci : L'aliénation qu'un mari fait d'une terre dotale est une action absolument nulle. Mais si, dans la suite, la dot tout entière lui échoit, l'aliénation devient valable de ce fait (Papinien, l. XLII, *de usurp.*, 41, 3). Mais comme l'inaliénabilité de la dot représente une prohibition véritable, à laquelle la volonté privée ne peut rien changer ; comme, d'autre part, dans le cas supposé, la prohibition disparaît grâce à un changement de fait et que néanmoins l'aliénation devient valable, sans une nouvelle tradition, la reconvalescence semble remonter jusqu'à l'origine de l'action ; et dans ce cas, elle se trouverait en contradiction avec la loi ci-dessus exposée. Mais les lois conceptuelles se distinguent des règles en ce qu'elles n'admettent pas de véritable exception ; il est donc de notre devoir de dissiper cette apparente contradiction. Quand je vends une chose sans en être le propriétaire, mais que, par la suite, j'en acquière la propriété, l'aliénation devient valable. Papinien nous dit dans le même passage : « Idem juris est quam is qui rem furtivam vendidit, postea domino heres exstitit. » Ulpien et Julien s'étendent davantage encore sur ce sujet, l. IV, § 32, *de doli mali et met. exc.* (44, 4). Si le premier vendeur, devenu propriétaire, intentait une action à l'acheteur, il serait, comme nous le disent ces derniers auteurs, débouté

Mais il n'est pas loisible au père de renoncer à l'avance au droit qui lui appartient de donner ou de refuser son consentement pour tel ou tel mariage spécial, projeté par son fils. Il ne peut valablement accorder à son fils l'autorisation générale de contracter mariage à son gré ; il ne peut le dispenser d'obtenir le consentement paternel pour chaque cas particulier.

La nécessité de ce consentement différencie donc ce cas des cas précédents ; elle repose sur une disposition absolue qui ne dépend en rien de la volonté d'un simple particulier. En d'autres termes : la défense de contracter mariage sans le consentement paternel est une prohibition édictée par la manière de voir de la conscience juridique générale ; tant que par conséquent cette conscience générale reste identique à elle-même et ne varie pas dans sa conception juridique, le fait que le père donne ultérieurement son consentement ne change rien à la situation, et pour le temps écoulé ce mariage demeure après comme avant un mariage défendu par la conscience populaire ; après comme avant il n'aura donc pas d'existence juridique.

L'incapacité des conjoints relative aux donations réciproques représente également une prohibition absolue et nullement laissée à la volonté arbitraire de l'individu ; et

de sa plainte par l'*exceptio doli mali*. Mais si le vendeur, devenu propriétaire, se trouve en possession de la chose et que le plaignant soit l'acheteur, il peut rétorquer l'exception de son adversaire par la *doli replicatio* ; « ac per hoc intelligentur », disent Ulpien et Julien, « eum fundum rursus vendidisse quem in bonis non haberet » (c'est-à-dire au moment où il l'a vendu pour la première fois). Voici donc l'idée qu'il faudrait se faire : on admet une seconde vente idéale au moment même où le vendeur primitif acquiert son droit de propriété ; en d'autres termes, la vente ne devient valable qu'à dater de ce moment, mais non pas quant au temps antérieur (quant aux fruits antérieurs, par exemple). Il est évident que la même règle doit s'appliquer à l'aliénation de terres dotales ; du reste, nous en avons une nouvelle preuve dans ce fait que Papinien envisage les deux cas comme identiques. Dans la question discutée il n'y a donc pas non plus d'exception.

malgré la confirmation de la donation, pour cause de décès, c'est-à-dire à l'instant où, par un changement de fait, l'époux acquiert cette capacité, la donation demeure invalable, pour le passé, à cause de sa nature *contraire* au droit et elle n'a d'existence valable qu'à dater de la confirmation.

C'est pour cette raison que, dans tout contrat, l'autorisation du tuteur, — dans laquelle il ne faut pas voir un droit privé, mais la protection accordée dans l'intérêt public, à la libre volonté des mineurs, — doit intervenir *statim in ipso negotio* ; le tuteur ne peut ni ratifier, après coup, le contrat en question, ni donner son autorisation par avance (1).

Résumons maintenant en quelques lignes les résultats que nous croyons avoir obtenus par notre discussion de la ratification :

1° Bien que la ratification représente une validité survenant grâce à un changement de fait, bien que cette validité remonte jusqu'à l'origine de l'acte, la ratification n'est pas en contradiction avec les lois conceptuelles que nous avons développées précédemment (on se rappelle qu'il s'agissait de l'effet moindre et nécessairement *ab nunc* que produit la disparition matérielle des prohibitions) ; la ratification n'exerce cet effet rétrodatant que par la raison et dans la mesure où elle ne constitue pas l'abrogation d'une prohibition édictée par la conscience juridique générale, mais l'abrogation d'un empêchement de droit purement privé, situé dans la sphère d'une volonté individuelle ; toutes les fois qu'il s'agit de l'action propre de cette volonté privée, même quand celle-ci s'ajoute ultérieurement à l'acte pour l'accepter et le prendre sien, il faut trancher la question comme si, dès l'origine, la volonté avait accompagné l'acte ; d'un côté la ratification n'a donc rien de

(1) Gaius, dans la L. 9, § 5, *de autor. et consensu*, etc. (26,8) : « Tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, post tempus vero aut per epistolam interposita ejus auctoritas nihil agit ; voir également : *Inst.* § 2 *de auctor. tutor.*

commun avec notre sujet, les lois prohibitives, mais d'un autre côté, précisément à cause de la contradiction intime que son être et ses effets présentent vis-à-vis de la prohibition fondée dans la conscience générale, elle confirme et complète ce que nous avons dit à ce sujet.

2° Dans le cas où la ratification représente une abolition matérielle de lois prohibitives, l'effet qu'elle exerce ne remonte pas en réalité jusqu'à l'origine de l'action, et l'action confirmée devient valable à partir de la confirmation tout comme si elle était nouvelle, et toutes les conséquences qu'elle a pu avoir jusque-là restent toujours invalables (les enfants demeurent illégitimes, la *dos* reste caduque). C'est ce que nous avons exposé précédemment ; et c'est en outre une suite nécessaire de cet autre fait : dans l'abrogation purement matérielle de la prohibition, la conscience juridique toujours identique à elle-même, admet que jusqu'à la survenance du changement de fait, l'action en elle-même est, après comme avant, invalable et substantiellement nulle

Mais il se peut qu'il y ait abrogation de lois prohibitives matérielles et par conséquent modification de la conscience juridique générale. Par rapport aux actes de volonté accomplis, dans les formes valables, pendant la prohibition et non encore révoqués, il s'est produit, dans ces cas, une modification que nous pourrions appeler, par analogie, ratification par l'esprit public.

Nous avons étudié déjà par le détail cette ratification ou confirmation, et nous avons indiqué quelle différence la distinguait de la convalescence fondée sur des changements de fait. Cette ratification a pour conséquence la convalescence *ab nunc* de la première action comme telle ; en d'autres termes, cette action est considérée comme valable dès son premier moment, son existence en soi se trouve juridiquement reconnue, et, à dater de cette reconnaissance juridique, toutes les conséquences, tous les effets antérieurs de l'action deviennent valables ; ils restent cependant invalables à l'égard des droits acquis pendant la

durée même de la prohibition, en vertu précisément de la nullité anciennement inhérente à ces actions (1).

Mais du moment que l'action redevient valable, nous avons la raison d'une reconvalescence sur laquelle nous avons déjà précédemment attiré l'attention : A l'opposé de ce qui se produit dans l'abrogation, pour changement du droit, des prohibitions, l'abolition juridique des dispositions prohibitives matérielles peut valider des actes isolés de la volonté, des actes qui ne fondent pas, comme le mariage, un état durable ; à condition toutefois qu'antérieurement au changement de droit aucun autre acte de volonté, par exemple un jugement ou une conciliation, ne soit venu transformer la nullité en droit acquis. En dehors des exemples cités, nous pourrions en trouver beaucoup d'autres dans le droit romain (2).

C'est ainsi qu'une ordonnance de l'empereur Anastase (3) décrète que toutes les transactions conclues ou à conclure (4) sur la *servilio vel adscriptilia conditio*, même pas dans les procès pendants (5), ne pourront plus, à l'avenir, être taxées de nullité parce qu'elles ont trait à la *servilio vel adscriptitia conditio*. Justinien prescrit de même (6) que, s'il y a eu renonciation à la prérogative sacerdotale de la prescription centenaire, cette renonciation sera valable et obligatoire et s'appliquera à tous les cas du même genre *qui necdum per judicialem sententiam vel amicabilem conventionem sopiti sunt*.

(1) Comme par exemple la succession dévolue pendant la prohibition et par suite pendant l'illégitimité des enfants.

(2) Voir plus haut, pages 332 et 342.

(3) L. ult. C, *de transactionibus* (2, 4).

(4) « Transactiones celebrandas vel jam celebratas », etc.

(5) « In omnibus litigiis jam motis et pendentibus. »

(6) L. LI. C. *de episcopis*, etc. (1, 3).

§ 10. — *Lois absolues. Volonté civile et volonté naturelle. Revalidation par la disparition de lois prohibitives formelles, dans les actes arbitrairement révocables. — Testament.*

Nous avons démontré jusqu'ici que la convalescence subséquente d'un acte de volonté individuel, par suite de la disparition d'une loi prohibitive, ne pouvait avoir lieu que si la prohibition antérieure avait exclu l'objet même de l'action, mais non pas quand elle avait visé la pure forme extérieure de l'action en laissant à l'individu toute possibilité d'assurer l'existence juridique à l'objet de sa volonté par l'observation des formes légalement prescrites. Le fondement conceptuel de cette distinction était celui-ci : Du moment que l'individu avait eu cette possibilité, mais n'en avait pas profité, on ne pouvait pas dire, en somme, que cet individu eût entendu, par cette action, engager et lier sa volonté civile ; c'est plutôt sa volonté naturelle, révocable *ad nutum*, qu'il a engagée. Dans l'hypothèse contraire, il aurait en effet eu recours aux formes prescrites par la loi pour la constitution d'une volonté civile cogente.

Mais de cette raison conceptuelle qui a sa source dans l'être même de la libre volonté individuelle, il ressort qu'il n'en va ainsi que dans les cas où la non-observation des formalités prescrites par la loi produit l'absence de la volonté civile, mais non pas dans les cas où, d'après l'idée de la loi, la non-observation des formes prescrites n'empêchait pas la volonté civile d'exister, dans les cas par conséquent où la forme prohibée ou absolument exigée par la loi ne devait être qu'un élément de preuve ou de créance. En d'autres termes : nous aboutissons à la démonstration que nous avons déjà faite plus haut, à la page 153 ; nous y renvoyons le lecteur qui voudra se faire une idée juste de ce qui précède et de ce qui va suivre.

Comme résultat de cet exposé, nous avions établi ceci :

l'unique raison qui dans certains cas empêche l'application de la nouvelle loi, portant abolition des formalités anciennes, c'est que dans ces cas, par suite de son application, une obligation de la simple volonté naturelle serait transformée en une obligation de la volonté civile ; or cette transformation changerait en contrainte légale ce que l'individu, par la non observation de la forme positive prescrite, a voulu réserver à sa volonté naturelle variable ; ce serait une rétroaction manifeste.

Mais dans les cas où, malgré la non-observation des formes prescrites, il existe, dès l'origine, dans l'action, une volonté revêtue de force juridique, dans les cas où la forme prescrite serait tout simplement un élément de preuve et de créance, la disparition de la prescription formelle, prohibitive ou bien astreignante, et l'application d'une législation moins rigoureuse ne produiraient pas cette modification et ce changement radical de la volonté individuelle, puisque, dès son premier moment, celle-ci établissait une obligation absolue ; la volonté individuelle se trouverait uniquement maintenue et aurait de la valeur dans toute l'étendue qui lui revient. Or, cette étendue n'est rien autre que l'étendue totale du droit, tant que des prescriptions prohibitives ne limitent pas ce champ d'action.

Quand tous ces obstacles prohibitifs viennent à tomber, la volonté civile, existant dans une action valable quant au fond et quant à la forme, acquiert toute l'étendue possible de son efficacité.

Nous avons donc une nouvelle confirmation absolument rigoureuse de notre théorie ; cette confirmation vient s'ajouter à la preuve que nous avons apportée précédemment, pages 153 à 167, en prenant un point de départ complètement différent.

Une question s'était posée à cette occasion : quel moyen sûr nous mettrait à même de discerner si l'observation d'une loi qui prohibe une formalité ou la prescrit comme une condition *sine qua non* était indispensable à la constitution d'une volonté civile, ou si elle n'était qu'élément de

preuve ou de créance ? Nous avons indiqué la solution facile : il s'agit d'établir si cette action, accomplie sans l'observation des formalités requises, aurait la protection légale, dans le cas où l'aveu en était fait en justice ou dans une prestation de serment.

Par conséquent, lorsqu'une vente n'a pas été accompagnée de la tradition exigée par la loi, ou lorsque des formalités prescrites, sous peine de nullité, par exemple, pour le mariage, la déclaration devant l'employé de l'état civil, ont été omises, il n'y a pas de volonté civile relative à l'aliénation ou à la conclusion du mariage. Peu importe d'ailleurs que le fait même de la vente soit certifié, même par une convention écrite, peu importe que le fait du mariage, sous une autre forme quelconque, soit avoué et certifié d'une façon quelconque ; il faut la formalité de la tradition ou de la déclaration devant l'employé de l'état civil pour constituer une aliénation ou un mariage valable. Ainsi, par le fait que dans ce cas on a négligé la forme positive qui seule, au regard de la loi, établissait la volonté cogente, il n'y a pas eu manifestation de volonté en vue d'une aliénation ou d'un mariage.

Une loi qui supprimerait la nécessité de ces formes ne pourrait donc pas s'appliquer aux actions antérieurement accomplies.

Lorsque, par contre, un prêt a été consenti, sans acte écrit, sous le régime d'une loi qui n'admettait pas la preuve par témoins dans le cas en question, une nouvelle loi, qui admettrait cette preuve, devrait avoir son application au moment du litige ; dans cette hypothèse en effet, même sous l'ancienne loi, l'aveu de la dette, fait par le débiteur, aurait emporté, pour ce dernier, l'obligation de payer ; le contrat verbal relatif à un prêt renfermait donc, de tout temps, l'expression d'une volonté civile.

Jusqu'ici nous n'avons fait que récapituler ce que nous avons dit précédemment ; faisons remarquer que la justesse de nos considérations est encore plus évidente, maintenant que nous avons examiné l'essence des lois pro-

hibitives et astreignantes ainsi que la relation qui les unit, pour le concept, à la libre volonté individuelle.

Le moment est venu de tirer une autre conclusion.

Si, lors de la disparition d'une loi qui prohibe ou prescrit absolument certaines formalités, l'application de la nouvelle loi, portant abolition de ces formes, constituait une rétroaction sur d'anciennes actions, uniquement parce qu'une ancienne volonté, purement naturelle, c'est-à-dire toujours révocable *ad nutum*, se transformerait en une volonté revêtue de force juridique, nous devons aboutir forcément à la conclusion que voici. Pour les actes qui, malgré l'observation de toutes les formes prescrites par des lois positives, n'en restent pas moins, de par leur nature juridique même, révocables *ad nutum* pour l'ayant droit (l'auteur), comme par exemple le testament, c'est toujours la nouvelle loi, celle qui porte abolition des formalités antérieurement requises, qui devra s'appliquer au moment de la mort.

La nécessité conceptuelle de cette conséquence ressort clairement de notre exposé. Déjà la phrase précédente nous la donne avec toute évidence. Puisque les testaments sont toujours révocables, même quand toutes les formalités ont été remplies, et que par conséquent ces actes ne lient jamais définitivement la volonté du testateur, les formalités positives exigées par une loi pour la validité du testament ne peuvent jamais avoir la prétention d'être prescrites pour la constitution d'une volonté obligatoire ; la seule signification qu'on puisse leur attribuer c'est de pouvoir servir, d'après les intentions de la loi, d'élément de preuve, quand il s'agit d'établir l'existence d'une volonté sérieuse (1).

Au moment de la mort, une loi facilitante rétroagit donc toujours sur ces formalités de preuve et de justification. Jusqu'à la mort du testateur, sa volonté peut toujours être

(1) Cette règle avait son application à Rome, du moins dans le testament prétorien ; nous verrons au second volume ce qu'il en était dans l'ancien droit civil.

changée ; c'est une volonté *naturelle*. Ce n'est que par la mort du testateur que sa volonté acquiert le caractère juridiquement obligatoire. Mais une question se pose : la volonté naturelle peut-elle être exprimée de manière assez précise, indubitable et sérieuse pour revêtir le caractère juridiquement obligatoire ? S'il faut répondre non, seule la loi qui est en vigueur *au moment même* où la volonté naturelle doit acquérir ce caractère juridiquement obligatoire, nous permettra cette réponse négative. Il suffit que la volonté naturelle soit, d'après la loi en vigueur, assez sérieuse et indubitable au moment même où cette union doit se produire ; nous n'avons pas à nous préoccuper de ce qu'ont bien pu penser les législateurs et les lois des temps passés.

Pour les testaments il y a donc deux principes.

1° Le testament répond au point de vue des formalités aux exigences de la loi qui était en vigueur au moment où il a été établi : dans ce cas, il reste valable, même si la loi, au moment de la mort, exige de plus grandes formalités. Il reste valable, parce qu'il représente un acte individuel, et la destruction de cet acte par une loi ultérieure serait une rétroaction de cette nouvelle loi. Cependant nous avons vu (§ 6) que le législateur peut en effet exiger de l'individu, dans l'intérêt d'une utilité plus grande, et sans pour cela agir rétroactivement, qu'il affirme et maintienne sa volonté dans la forme qu'il lui a prescrite ; il peut donc exiger la répétition de l'acte individuel, mais il faut que cette répétition dépende de la volonté libre de l'individu. Toutefois nous y avons vu aussi que ce droit découle uniquement du droit que possède l'Etat d'imposer des charges positives ; si donc cette disposition n'a pas été prise expressément par le législateur, le juge ne peut y suppléer.

2° Si le testament n'était pas valable parce que, au moment où il a été établi, il manquait à une loi qui prescrivait ou prohibait certaines formes ; mais qu'au moment de la mort, et par suite d'une transformation de la loi, il répondit à la loi nouvelle qui facilitait les formalités ; le tes-

tament *devient valable* après coup, grâce à la nécessité conceptuelle que nous avons développée.

Dans ce qui précède, nous avons reconnu la nécessité théorique, interne, grâce à laquelle les législations ont si souvent ordonné que les testaments soient valables au point de vue de la forme, dès qu'ils répondent aux formalités qu'exige la loi en vigueur au moment de la mort, même s'il y a manquement aux formalités légales contemporaines de l'établissement de ces testaments.

Ainsi le § 17 de l'introduction du Code prussien est justifié aussi en ce qui concerne les testaments, ce paragraphe, qui a été attaqué si souvent et à tort, et auquel on peut tout au plus — ainsi que nous l'avons démontré plus haut (p. 165 ss.) — reprocher une expression trop vague et imprécise.

« Des actes antérieurs qui, d'après les lois anciennes, ne seraient pas valables à cause d'un vice de forme, sont valables si les formalités requises par les lois nouvelles, en vigueur au moment du litige (1), sont remplies. »

En effet, Suarez songeait ici tout particulièrement aux testaments. Car à la *revisio monitorum*, en parlant du principe général de la non-rétroaction des lois (2), il faisait remarquer qu'il y avait cependant deux cas où une loi nouvelle pouvait être appliquée *ad casus præteritos* :

a) Lorsqu'elle diminue ou supprime la peine fixée pour un acte, par exemple l'édit contre les déserteurs ;

b) Lorsqu'elle simplifie ou abrège les formalités dont

(1) En ce qui concerne les testaments, il ne peut naturellement être question, dans la pensée du code prussien, que des lois en vigueur au moment de la mort, et non au moment d'un litige qui se produirait ultérieurement ; car si le testament n'avait pas été valable d'après la loi au moment de la mort, l'héritage serait déjà revenu aux héritiers *ab intestat*, auxquels on ne pourrait évidemment pas le retirer, même en s'appuyant sur une loi ultérieure sur les formalités en fait de testaments.

(2) BORNEMANN, ouvr. cité, p. 18.

avait dépendu la validité d'un acte, par exemple les *formalités des testaments* (1).

(1) Il résulte donc de nos recherches sur le § 17 de l'Introduction du Code prussien que théoriquement il est absolument juste en ce qui concerne les testaments en particulier, et les simples formalités de preuve et de justification en général (cf. plus haut, p. 165 ss), et qu'il est faux seulement dans les cas où les formalités prescrites par l'ancienne loi étaient indispensables pour constituer une volonté civile. On n'a certainement jamais songé à attribuer une telle importance aux formes prescrites pour les testaments, à cause de la révocabilité constante du testament ; on a voulu parler sans doute de l'importance des formes prescrites quand il s'agit d'*actes irrévocables*. Quand il s'agit de tels actes, la loi prescrit des formes positives, parce que *sans* elle une volonté qui engage en matière de droit civil n'a jamais existé. Les principaux actes irrévocables sont les *contrats* bilatéraux. Et ainsi les ordonnances de la Cour Royale suprême s'expliquent et acquièrent leur véritable justification et raison d'être théorique ; ces ordonnances disaient : on ne peut appliquer le § 17 de l'Introduction à des contrats bilatéraux malgré sa forme générale ; car le consentement formellement obligatoire donné parce qu'une formalité essentielle a été négligée, ce consentement ne peut être suppléé par une loi ultérieure qui écarte ces formalités (Cf. *Liliges*, IV, 186 ; *Décisions*, XVII, 242 ; Préjud. 2097 dans les *Décisions*, XVII, 309 et *Archives pour les questions de Droit*, I, 21.

Mais en établissant le motif véritable qui est à la base de cette décision et de tout le développement qui s'ensuit, par la différence entre la volonté civile et naturelle que nous avons fait valoir, nous avons en même temps reconnu le vice théorique de ces *Décisions*. Il y a vice, parce qu'elles n'exceptent pas les *simples formalités justificatives* pour les contrats bilatéraux, qu'elles ne se limitent donc pas aux formalités indispensables à la manifestation d'une *volonté civile* ; et *vice versa*, parce que, à propos de ces formes que la loi a établies comme conditions positives pour la reconnaissance d'une volonté qui oblige au point de vue du droit civil, *elles excluent les actes irrévocables unilatéraux*. Ainsi un désistement, s'il est nul d'après les *formes* exigées par la loi au moment où il a été établi, ne peut pas être considéré comme valable et ne peut être accepté en réalité, même s'il répond aux formes prescrites par une loi ultérieure. Car ce serait transformer pour un individu sa volonté libre qui dépend de sa liberté naturelle en une volonté par laquelle il est lié, volonté soumise à la loi, sans acte individuel ; et, comme nous l'avons vu plus haut, c'est là une rétroaction flagrante.

Justement en ce qui concerne les testaments, Savigny désapprouve le § 17 de l'introduction du Code prussien, et son opinion est l'opinion courante des auteurs (*System*, VIII, 409-412).

Mais cette opinion ne peut exister que tant qu'on ne descend pas au fond des choses et qu'on s'en tient aux raisons et aux considérations purement extérieures. Après le développement que nous venons de faire sur l'essence de cette loi, ces raisons disparaissent d'elles-mêmes.

L'argument opposé de Savigny se réduit à ceci, que le « *véritable* avantage du testateur, c'est-à-dire le maintien de la volonté vraie, sérieuse et réfléchie », n'est pas favorisé par la validation, « contraire au principe juridique », d'un testament jusque-là sans valeur.

Cependant c'est là une considération étrangère au domaine juridique, c'est-à-dire au domaine de ce qui découle nécessairement de l'idée de droit ; elle descend sur le terrain des raisons utilitaires. Dire que cette confirmation est « contraire au principe juridique », est une simple pétition de principe. Sans doute cette confirmation est contraire à la *formule* (*tempus regit actum*) conçue et maintenue tout extérieurement — et ici Savigny confond la formule et le principe —, mais en ce qui concerne le principe juridique, nous venons précisément de montrer comment est établie l'efficacité d'un pareil testament, grâce à la nécessité imminente de l'idée logique de droit. On ne pourrait donc en nier la nécessité juridique et de principe, même s'il fallait reconnaître que la chose en elle-même est extérieurement impropre et peu pratique. Mais ici encore il y a chez Savigny une pétition de principe. S'il prétend que dans l'intérêt véritable du testateur, et pour maintenir sa volonté vraie, sérieuse et réfléchie, les formalités plus compliquées — les formalités juridiques, par exemple — sont nécessaires, ou du moins utiles, c'est là une assertion qu'il émet au point de vue de l'ancienne loi abrogée, ou à son point de vue personnel. Savigny oublie qu'il doit, pour juger cette

question, se placer *uniquement* au point de vue de la loi *nouvelle*, actuellement en vigueur.

Dans l'idée du législateur nouveau, c'est-à-dire d'après le sentiment actuel du droit, les formes facilitées, moins compliquées, sont nécessaires, même du point de vue utilitaire, pour manifester l'existence d'une volonté vraie, sérieuse et réfléchie. Comment le législateur en viendrait-il alors à cette contradiction, que ce qui lui semble une manifestation suffisamment sérieuse de la volonté pour l'avenir dans la génération tout entière, ne lui paraisse pas suffisant en ce qui concerne les déclarations de volonté de ce genre déjà existantes, alors que la loi nouvelle ne rend pas celles-ci le moins du monde irrévocables, et qu'elle ne leur donne pas le caractère juridiquement obligatoire dans le consentement du testateur! Car tout établissement de testament peut — comme Savigny lui-même le reconnait ailleurs — puisque les testaments restent révocables *usque ad extremum spiritum vitæ*, n'être considéré que comme la *préparation par un fait* d'un acte qui n'arrive à l'*accomplissement juridique* qu'après le dernier soupir. En ce qui concerne les formalités prescrites pour la validité formelle, il suffit donc, à ce point de vue, qu'on ait satisfait aux formes exigées au moment de cet accomplissement juridique. C'est ainsi du reste qu'il importe peu, pour un acte d'acquisition notarié, ou pour tout autre contrat bilatéral, que les formalités exigées par la loi au moment du projet de cet acte aient été remplies, pourvu qu'on ait accompli, s'il y a eu changement de la loi entre temps, les formalités exigées au moment de l'exécution de l'acte.

Savigny suppose que la raison de cette validité ultérieurement admise est « la douceur et le ménagement dont on veut faire preuve ».

Il méconnaît ici complètement le véritable lien théorique, et dans notre développement, nous n'avons fait que nous rendre compte, avec une conscience logique de ce qui est réellement la pensée intime de la disposition du Code prussien. Nous en voyons la preuve dans l'art. 10 du décret de

promulgation du 5 février 1794, publiant le Code prussien. Il est conçu dans ces termes :

« Comme il pourrait arriver fréquemment que l'acte ou l'événement qui est cause de droits litigieux entre les partis se soit produit avant la publication du Code prussien, tandis que les suites juridiques ne s'en seraient fait sentir que plus tard, il nous semble nécessaire de fixer pour des cas semblables l'ordonnance particulière qui suit :

« Dans des cas semblables, il faut toujours d'abord avoir égard à ceci : Etait-il encore *dans le pouvoir* de celui dont les droits ou les devoirs sont en question, et *ne dépendait-il que de sa décision libre* d'établir et de fixer *sous une autre forme* que celle du nouveau Code prussien, soit par des *déclarations de volonté* ou autrement, les conséquences juridiques d'un acte ou d'un événement antérieurs ? ou bien un pareil changement n'était-il plus au pouvoir, ni dans la simple décision personnelle de l'intéressé ?

« Dans *ce dernier* cas, même les suites juridiques ultérieures doivent être jugées d'après les lois *anciennes*, celles qui étaient en vigueur au moment où l'acte ou l'événement s'est produit.

« Dans le *premier cas au contraire*, même si l'acte ou l'événement est plus ancien, mais s'il n'y a *pas eu de changement* par une décision, il faut cependant *n'appliquer que les prescriptions du nouveau Code* pour le jugement des suites juridiques qui se sont produites après le 1er janvier 1794. »

Il nous suffisait simplement de citer ici cet article pour prouver que la différence qu'il fait entre les actes irrévocables et ceux qui peuvent être modifiés à volonté, n'est au fond appuyée sur rien que sur la différence que nous venons d'établir entre la volonté naturelle et la volonté civile qui engage et sur le développement qui s'ensuit. Et

maintenant il est absolument évident que l'ordonnance du § 17 de l'Introduction — quand il s'agit des testaments — n'est autre chose que la conséquence logique et nécessaire de la pensée qui inspire l'art. 10 du décret de publication.

Le législateur badois aussi est parti du même point de vue que le Code prussien. On trouve dans le décret de publication qui fut édicté en 1809 au moment de l'établissement du Code Napoléon comme loi commune pour le Grand-Duché de Bade, au § 11, n° 3 :

> « Ensuite, les testaments qui ont été établis précédemment — sans considération du temps écoulé depuis — et qui entrent en vigueur par la mort du testateur après ce 1er juillet, doivent être considérés comme valables, non seulement s'ils sont conformes aux exigences de l'ancienne loi, mais même si d'après celle-ci il y a un vice de forme, qui cependant cesse d'exister d'après ce nouveau Code ; car le législateur *comme le juge* suppose avec raison que le testateur a voulu que sa volonté soit maintenue dans n'importe quelle forme légalement possible. »

Par ces mots : « comme le juge », on reconnaît avec justesse qu'il n'est pas besoin d'ordonnance législative particulière à cette fin, mais que le juge lui-même la déduirait de la simple idée de droit.

De même, l'ordonnance transitoire hanovrienne du 23 août 1814 (Prescriptions générales, n° 4) s'accorde en principe avec le § 17 de l'Introduction du Droit commun (1).

(1) Dans l'ordonnance du Hanovre il est dit : « Les affaires et les contrats conclus pendant l'époque d'interruption avec l'emploi des formalités exigées par les Droits étrangers continuent à être valables dans la forme ; et dès que la *volonté* et *la bonne foi des intéressés ne fait pas de doute*, le simple oubli d'une formalité nécessaire d'après les lois étrangères, mais inutile ou peu importante d'après les nôtres, ne change rien à la validité du contrat, pourvu que les formalités prescrites par nos lois soient observées. » Cette ordonnance veut donc précisément écarter par une preuve de fait ce qui

Comme Savigny et les auteurs allemands en général, les écrivains français aussi sont d'avis que la loi ultérieure ne peut pas rendre valable un testament qui n'avait formellement aucune valeur au moment de l'établissement. Meyer (1) seul représente l'opinion contraire, mais il veut la justifier à tort par les décisions du droit romain sur le *testamentum militare*; de sorte qu'on ne peut qu'approuver la réfutation que Merlin (2) lui oppose.

Mais si Merlin — abstraction faite de la réfutation de Meyer et de son erreur — croit avoir le droit de s'écrier : « On ne peut donc pas plus argumenter de la nouvelle loi pour le valider (le testament) que pour l'annuler », il néglige l'histoire de la législation de son propre pays, qui cependant aurait pu l'amener à une opinion plus juste. En effet, cette opération instinctive de l'idée qu'on a coutume de désigner par « sentiment pratique du droit », n'a pas manqué de créer aussi dans l'histoire de la législation française des lois qui se reconnaissaient le droit de valider ultérieurement des testaments non valables au moment de leur établissement pour des raisons de forme. L'ordonnance de 1735 avait déclaré nulles toutes les dispositions testamentaires qui n'avaient pas été écrites par les fonctionnaires publics mêmes qui les avaient recueillies, et dans lesquelles il n'était pas dit expressément qu'elles avaient été lues au testateur.

Néanmoins une déclaration du 24 mars 1745 confirmait

comme nous l'avons prouvé, est le défaut du § 17 de l'introduction du Code prussien ; c'est là une tentative qu'on ne saurait approuver. Précisément pour les testaments, elle continue (à l'endroit cité) : « Quant à la forme des testaments établis pendant la période d'interruption et que nous exceptons ici, nous ferons suivre des ordonnances particulières. » Cependant il faut faire remarquer ici que, puisque le Code prussien remplaçait le droit français, une législation plus compliquée en ce qui concerne les formalités des testaments succédait à une loi qui exigeait de moindres formalités ; la question dont il s'agit ne pouvait donc être appliquée ici.

(1) *Principes sur les questions transitoires*, p. 179 sq.

(2) *Répert. de Jurispr.*, v° effet rétr., v, 589.

tous les testaments que les notaires du département du Parlement d'Aix avaient fait écrire par leurs secrétaires. Une nouvelle déclaration du 26 janvier 1751 ordonnait la même chose pour le département du Parlement de Bordeaux. Une troisième déclaration du 6 mars de la même année étendit ceci à tous les pays de droit écrit. Par une ordonnance du 24 mars 1754, Louis XV valida tous les testaments recueillis par les pasteurs dans le département du Roussillon, qui ne portaient pas la mention de la lecture faite au testateur. Et enfin, l'Assemblée constituante interdisait par un décret du 8 septembre 1791 toute attaque contre les testaments recueillis précédemment par les notaires dans les provinces du Vivarais, du Lyonnais, du Forez et du Beaujolais, testaments dans lesquels les notaires avaient simplement constaté l'omission de la signature des testateurs, sans faire remarquer expressément, comme ils auraient dû le faire, que ceux-ci avaient déclaré eux-mêmes ne pas pouvoir signer (1).

§ 11. — *Nécessité absolue de l'influence immédiate des lois nouvelles. L'Idée de droit. Le droit pénal. La chose jugée dans les questions de pénalité.*

Enfin il nous faut encore faire ressortir un dernier point qui était déjà à la base de tout ce qui précède, mais dont il

(1) Ce décret agit aussi d'après la théorie que nous avons développée au § 9 à propos de la différence entre l'instance en cours et la *res judicata*; car s'il ordonne avec raison, puisqu'il représente une loi absolue, le rejet des plaintes en nullité déjà pendantes, par contre, il ne touche pas aux jugements non encore exécutés, mais déjà passés en force de chose jugée. Cette loi dit expressément : «...valide à cet effet les dits testaments et autres actes de dernière volonté en ce qui concerne ladite omission; *défend aux tribunaux* d'avoir *égard aux demandes déjà formées* ou qui pourraient l'être par la suite, afin d'en prononcer la nullité *sans préjudice néanmoins de l'exécution des jugements rendus en dernier ressort ou passés en force de chose jugée* avant la publication du présent décret. »

nous faut encore exposer et faire ressortir d'une manière précise la nature conceptuelle.

L'*effet* du point de vue dont il est question est celui-ci : toute loi nouvelle, si elle est à l'*avantage* d'un individu sans blesser les *droits réellement acquis* (1) d'un autre invidu, doit immédiatement être appliquée dans toute son étendue. Quand la loi nouvelle ne fait qu'améliorer la situation des individus sans empiéter sur des droits individuels acquis, il ne peut être en aucune façon question de rétroaction. La nature juridique de ce point de vue a été reconnue à plusieurs reprises par les Romains ; par exemple dans le rescrit des empereurs Théodose et Valentinien (2). « Rescripta contra jus elicita ab omnibus judicibus refutari præcipimus, nisi forte aliquid est, *quod non lædat alium et prosit petenti*, vel crimen supplicantibus indulgeat. » Mais ce principe est exposé d'une manière bien plus approfondie et étendue dans les Pandectes, en ces termes : « Naturalis enim simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem *meliorem quidem*, etiam *ignorantis et inviti nos facere posse*, deteriorem *non* posse » (3).

Mais si l'on recherche quelle est la pensée qui est le fond même de cette question, on trouvera nécessairement celle-ci : Nul individu n'a le *droit* d'exiger que quelque chose forme le contenu de l'esprit commun, que quelque chose soit loi. Mais chaque individu a le *droit le plus entièrement acquis* de demander que *ce* qui forme le contenu reconnu de l'esprit commun *soit et existe aussi pour lui* personnellement. C'est là une exigence qui n'est rien moins que

(1) Nous employons ces termes pour être plus concis ; cependant nous faisons remarquer expressément que les droits dont il a été question au § 7 et qui sont opposés à de nouvelles lois absolues, cessent *dès à présent* de représenter des droits *acquis* ; car dès le début ils ont été et n'ont pu être acquis que pour un temps limité : jusqu'au moment où s'établirait la forme prohibitive du sentiment du droit. C'est ce que nous avons prouvé lors de ce développement.

(2) L. VII, *C. de prec. Imper.* (I, 19).

(3) Gajus, l. XXXIX, *de neg. gest.* (3, 5).

l'idée formelle de l'esprit commun : *être pour tous et chacun en particulier*. C'est sur ce point de l'idée que repose entièrement le caractère obligatoire de la loi, sa tendance irrésistible d'être vraie, et aussi l'idée de l'*égalité pour tous* qui est de la nature de la loi ; il est donc la base de l'idée de la loi en général (1).

L'effet de ce *moment* de l'idée n'a d'autres limites que celles que lui opposent les droits acquis par d'autres individus par des actes individuels de volonté, ainsi qu'il ressort de ce que nous avons déjà dit au § 1. C'est là simplement la reconnaissance systématique et la conséquence de ce que nous y avons développé, c'est-à-dire que la nécessité de l'application immédiate et absolue de la loi ressort de l'essence même de la loi, qui est la raison commune déclarée obligatoire, et que ce caractère actif n'a de limites que celles qui découlent de son propre sens : ne pas pouvoir dénaturer des actes individuels de volonté.

Il faut donc que la raison introduite dans l'esprit confirme son existence pour chaque individu en particulier, qu'elle soit donc appliquée immédiatement partout où on ne lèse pas de tels actes individuels de volonté, c'est-à-dire des droits acquis, quand l'individu ne fait pas valoir ces droits, parce que sa situation a été améliorée par la loi

(1) C'est aussi à notre avis — et par opposition avec les opinions courantes jusqu'ici (par exemple Böcking, *Introduction des Pandectes*, etc... § 1, note 2 ; Savigny, I, 407 et ss. — la véritable signification philosophique de la définition d'Ulpien (l. X *de justitia et jure*, 1, 1) : « *Justitia* est constans et perpetua voluntas *jus suum cuique tribuendi* », et § 1 : « *Juris* præcepta sunt hæc honeste vivere, alium non lædere, *suum cuique tribuere* ». La caractéristique d'exister *pour chaque individu en particulier* — de dissoudre de la substance dans l'existence personnelle des individus — est déjà renfermée dans la substance même du droit, elle forme donc l'idée commune à *jus* et *justitia*. L'opinion de Struve aussi, à savoir que le législateur est absolument incompétent sur la question de l'application temporaire des lois est fondée sur la nature de l'idée que nous venons de développer ; mais ne s'étant pas rendu maître de cette question théoriquement, il en a tiré des conséquences fausses.

nouvelle. Et précisément le dessein que poursuit toute loi nouvelle, — et ce n'est pas une rétroaction de celle-ci, — est d'*améliorer* en la transformant la situation des individus.

En même temps nous avons appelé *droit acquis de l'individu* cette revendication idéale par laquelle le contenu présent de la conscience commune existe aussi pour chaque individu en particulier. Et en effet il faut l'appeler, ce droit, le *droit acquis suprême.*

Dans l'Etat, chaque individu, par toute sa vie, sa pensée et son activité, est co-producteur de la pensée commune, ou du moins doit être considéré comme tel. Si en tant qu'individu il n'a pas le droit d'exiger qu'une affirmation de sa raison devienne aussitôt le contenu reconnu de l'esprit commun, lequel n'obéit qu'à lui-même dans son évolution, il a, par contre, le droit le plus péremptoire d'exiger que tout ce qui a été reconnu comme faisant partie du contenu de la pensée commune, existe aussi pour lui, et qu'il en profite personnellement. C'est là le *premier* des droits de l'individu vis-à-vis de l'Etat. Le droit d'être traité d'après le contenu reconnu de la pensée commune n'est pas constitué et acquis par un acte unique, mais par l'ensemble de l'activité de l'individu dans l'Etat et pour l'Etat. C'est le *droit acquis absolu* de l'individu, et les autres droits acquis *spéciaux* en découlent tous.

Cette conception philosophique de la question au point de vue du droit — la seule juste — prouve aussi que les « ménagements et l'équité dont on avait parlé sont absolument *contraires au droit* : on a cru souvent que du point de vue du législateur on avait le droit ou l'obligation, pour agir avec équité et ménagements », de suspendre temporairement l'application de lois nouvelles pour certaines classes ou certains individus, en faveur des droits jusque-là reconnus d'autres classes ou d'autres individus. Ainsi Savigny (1), en parlant des fidéicommis (cf. plus haut p. 233 et s.), dit : « La solution de ce problème (le problème

(1) VIII, 539.

d'agir « avec les plus grands ménagements et la plus grande équité dans l'exécution de la nouvelle loi ») est très difficile quand il s'agit de la suppression des fidéicommis ; car ici les prétentions et les espérances des individus qui ont droit à la succession sont incertaines à un haut degré. On pourrait essayer de diminuer ce désavantage, *en différant un peu l'exécution de la loi*. »

Et en effet, bien des législations, par exemple celle de la Westphalie et d'autres (cf. plus haut, p. 55, note 1), ont cru avoir le droit — quand il s'agissait de fidéicommis ou dans des occasions semblables, et en se plaçant au point de vue de cette prétendue équité — de tenir compte des prétentions des ayants droit au premier degré et de décréter que, malgré la suppression des substitutions fidéicommissaires, les droits de primogéniture qui en découlent seraient maintenus pour les ayants droit du premier degré. — En étudiant cette question dans son fond et dans son essence, on voit, ainsi que nous l'avons démontré, que cette prétendue équité n'est en réalité qu'une iniquité et une injustice. On veut ménager des droits qui existaient, il est vrai, mais que la loi n'avait accordés qu'en se réservant la faculté de les supprimer, quand la conscience commune se manifesterait sous une forme prohibitive (§ 7), qu'elle avait donc le droit de supprimer, *sans* porter atteinte par là à des droits acquis ; mais dans l'imprécision de ce désir (de ménager des droits), on ne remarque pas que c'est porter atteinte au droit *le plus entièrement acquis*, au droit de ceux qui, pouvant d'après la nouvelle loi prétendre à la succession, etc., exigent que ce qui forme le contenu de la conscience commune actuelle du droit existe aussi pour eux.

Le *droit pénal* est dominé tout particulièrement par cette pensée ; cela résulte nécessairement de sa nature même. Et cela par la simple raison que dans le droit pénal ce n'est jamais un individu, mais toujours la société comme telle qui est opposée à un individu. Une suppression (1) ou

(1) La preuve positive de ce qui doit avoir lieu, quand il s'agit de

une atténuation de lois criminelles *favorable* à un individu ne peut donc jamais porter atteinte à des droits individuels acquis ; l'action de la nouvelle loi plus indulgente ne sera donc jamais une rétroaction. Donc, l'application de la nouvelle loi pénale plus favorable est une *exigence absolue de l'idée de droit*, aussi bien quand elle supprime entièrement un certain genre de peine (par exemple la mort, le pilori, la bastonnade), que quand elle exempte de peine des actes jusqu'alors punissables ; l'application doit en être faite dans n'importe quel cas : que le délit seul ait été commis avant la nouvelle loi, ou que le procès criminel soit déjà pendant, ou enfin qu'il y ait déjà *condamnation passée en force de chose jugée*. Le caractère punissable de l'acte qui est à la base du jugement étant supprimé (1), la condamnation passée en force de chose jugée doit nécessairement disparaître aussi, c'est la conséquence inévitable de l'idée de droit ; mais nous avons là une preuve presque incompréhensible de la puissance de la formule qui étouffe et tue : non seulement les juristes passent sous silence cette suppression de la condamnation, mais même on la nie souvent formellement. La source de cette erreur étrange était naturellement dans l'idée qu'on se faisait couramment de l'inébranlabilité et de l'autorité de la chose jugée. Mais cette idée, juste en elle-même, est poussée à l'excès quand on l'applique à des jugements pénaux. Le jugement civil fonde, comme nous

suppression de fidéicommis, pour éviter une véritable rétroaction et une violation illégale des droits jusque-là reconnus, ne pourra être donnée — et il nous faut y renvoyer encore une fois — que quand nous traiterons cette matière en détail, dans les applications seules II b.

(1) Ou du moins il y a une si forte atténuation de la peine, que la condamnation dépasse le maximum infligé par la nouvelle loi ; car quand la condamnation ne dépasse pas le maximum infligé par la nouvelle loi criminelle, il n'y a pas eu contradiction entre le jugement et la nouvelle loi qui abroge précisément le jugement. Car dans ce cas le même acte peut être frappé de la même peine, même d'après la conscience actuelle du droit.

l'avons vu, les droits acquis pour des individus; et ces droits continuent à exister comme droits légitimement acquis par des actes individuels, même lorsque le titre qui les a fait naître disparaît (§ 3). Mais il est absurde de vouloir considérer, dans la condamnation, la chose jugée comme un droit acquis de la société. Car ce droit acquis n'aboutirait à rien moins qu'à appliquer à l'individu un *traitement contraire à la conscience publique actuelle* et dominante de la société, parce que celle-ci aurait acquis un droit. Mais même si elle avait ce droit — ce qu'on ne peut même pas se représenter comme contradiction logique, — il lui serait impossible d'en faire le moindre usage, puisque l'intérêt de la société, par son essence même, consiste précisément dans la réalisation de l'idée qu'elle contient; elle ne peut donc la nier elle-même ni accepter qu'elle soit niée.

Mais il ressort avec certitude de la conception de l'esprit, comme nous l'avons exposée plus haut, qu'un pareil droit n'existe pas. Au contraire, le droit absolu de l'individu est d'exiger l'application de la nouvelle conscience du droit dans l'esprit public, puisqu'elle lui est favorable, même si elle est en contradiction avec l'ancien contenu de la conscience commune qui avait produit la condamnation. Enfin, la société n'« acquiert » aucun droit par une condamnation; car des droits ne peuvent être acquis que par des actes individuels (§ 1), et il y a bien des actes individuels dans le procès civil, mais non dans la vindicte publique. La condamnation ne représente au contraire qu'un *syllogisme*, par lequel un *individu* est subordonné à un *tout* — la loi, — à cause d'un acte particulier (1). Dès qu'il est établi que la majeure est fausse, la conclusion est fausse aussi et tombe d'elle-même — et la nouvelle loi qui n'interdit plus l'acte qui était interdit autrefois ou qui supprime l'ancienne peine, contient la preuve authentique légale de cette fausseté. — On voit ici très nettement la différence de l'importance

(1) Il faut appliquer cette peine à cet acte. Caton a commis cet acte. Donc il faut appliquer cette peine à Caton.

de la chose jugée en matière de droit civil et de droit pénal. Le jugement civil n'est, comme on l'a vu (p. 176 et note 1, à la même page), nullement fondé sur la fiction de la vérité absolue — puisqu'il ne fait loi qu'*inter partes* — ; il représente au contraire une novation, c'est-à-dire, — abstraction faite du titre primitif juridique qui la fait naître, — un droit indépendant acquis par un acte de volonté. Au contraire le jugement pénal, pour lequel il n'y a pas d'acte de volonté qui acquière un droit, est fondé, en effet, sur cette fiction de l'absolue vérité ; c'est pourquoi aussi il fait loi *inter omnes*.

Mais précisément parce que le jugement pénal est fondé sur cette fiction, il faut, si l'on apporte la preuve légale et reconnue de la fausseté de cette fiction, si, par suite du développement de la conscience commune du peuple ce qui était considéré comme vérité absolue devient fausseté, qu'intervienne le principe : *Fictio cedit veritati*. La condamnation passée en force de chose jugée ne peut donc en aucune façon continuer à agir (1) à une époque où la criminalité de l'acte constaté par le jugement est supprimée par la conscience du droit dans l'esprit commun, et par conséquent par la substance même du droit.

(1) Elle ne peut *continuer à agir* ! Il en résulte naturellement que des amendes déjà payées ne sauraient être réclamées, parce que la pénalité a été supprimée. Elles ont passé déjà dans la possession (§ 9) de la personne juridique du fisc. De plus, le droit n'étant droit *réel* qu'en tant qu'il est droit *historique*, nulle infliction d'une peine ne peut devenir illégale au sens juridique, sous prétexte qu'elle est en opposition avec la conception du droit à une époque ultérieure. Ainsi : un individu a été condamné à 5 ans de prison ; après la première année de détention, une loi nouvelle supprime la pénalité de son acte ; d'après la sévérité des principes, ce serait commettre le crime de privation illégale et arbitraire de la liberté personnelle si l'on voulait retenir le condamné en prison pendant les quatre années suivantes encore. On prolongerait par là l'exécution d'une loi abolie. Mais quant à l'année écoulée, et même si l'Etat autorisait les détenus innocents à exiger des dédommagements, le condamné n'y aurait cependant aucun droit; car le changement actuel de la conception du droit n'a rien changé à ceci : le droit conservant son caractère de droit historique, la détention pendant l'année qui s'est écoulée a été une peine légale.

Personne ne contredira ceci : d'après l'idée du droit, une peine, par exemple la peine de mort, ne pourra plus, même après une sentence passée en force de chose jugée, être exécutée, si une nouvelle loi a aboli cette peine et l'a par conséquent déclarée inadmissible. Il en sera de même et à plus forte raison encore, si une nouvelle loi exempte de punitions un acte jusqu'alors punissable, ou bien — ce qui revient au même — si elle ne le déclare punissable que dans des conditions déterminées, non requises auparavant. Car ici le sentiment commun du droit ne s'est pas transformé seulement en ce qui concerne le *mode* de la condamnation ; il s'est transformé de manière bien plus substantielle, aussi en ce qui concerne la *nature* du délit punissable. Chacun sentira de manière évidente combien le principe que nous développons est irréfutable, si l'on suppose, ce qui se produit assez fréquement, que grâce à la transformation du sentiment commun du droit un acte autrefois interdit est considéré maintenant comme un acte même méritoire. Ainsi il existe dans certaines législations et pratiques ce principe : il y a délit dans le cas de défense personnelle violente à l'égard de fonctionnaires qui portent atteinte à la liberté personnelle du citoyen en outrepassant leurs droits légaux, par exemple par la détention illégale, la perquisition, etc. Mais cette conception du droit peut se transformer et céder à la conception opposée : dans ces circonstances, la résistance est un droit absolu ; elle est même un acte méritoire qui développe l'idée générale du droit, fortifie le courage civique par l'exemple et la tradition, met un frein à l'orgueil des fonctionnaires et est favorable à l'établissement d'une légalité sévère ; et l'histoire est riche en exemples de telles législations (1). Si

(1) Qu'il nous suffise de citer comme exemple la constitution du 23 juin 1793 publiée par la Convention (qui d'ailleurs n'est pas la seule à proclamer ces droits). Art. 11 de la Déclaration des droits de l'homme : « Tout acte exercé contre un homme hors des cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique ; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence, *a le droit* de le repousser par la force. » — Art. 33 : « La résistance à l'op-

une pareille loi entre en vigueur, il est clair pour chacun qu'il est impossible de maintenir la peine d'individus qui avaient été condamnés pour des actes qui d'après la conception actuelle de l'esprit public sont considérés comme des actes patriotiques et conformes au devoir ; si on la maintenait, ce serait la négation du sentiment populaire et de son droit public, par conséquent la violation de l'idée de droit. Mais il n'en est pas ainsi seulement là où le contraste est si nettement marqué qu'un acte autrefois défendu est devenu par l'évolution de la pensée un acte conforme au droit ; il faut que ce principe agisse partout où l'acte, par suite de la suppression de la défense, est devenu un acte *permis*. Car par cela même qu'il est permis, il appartient au domaine de la liberté individuelle ; et la continuation de sa punition n'étant plus fondée sur l'existence d'aucune loi de prohibition, serait d'après la conception du droit un délit contre la liberté personnelle.

Ce serait aussi une erreur de croire que c'est aux amnisties et aux grâces d'effacer la contradiction entre les deux conceptions qui se succèdent, en ce qui concerne les sentences passées en force de chose jugée : — il est vrai que parfois on a fait servir les amnisties à ce but.

L'amnistie comme la grâce suppose toujours que l'acte qu'on veut amnistier est punissable encore d'après la conception actuelle du droit. Sans cela il n'y aurait pas à amnistier (à *oublier*). Notre développement logique au contraire dit ceci : *de par la loi*, en vertu de la simple conception du droit, la continuation de la punition d'un acte qui n'est plus punissable est absolument exclue. La condamnation passée en force de chose jugée, qui se fonde sur une loi cri-

pression est la conséquence des autres droits de l'homme. » — Art. 34 : « Il y a oppression contre le corps social, lorsqu'un seul de ses membres est supprimé ; il y a oppression contre chaque membre, lorsque le corps social est opprimé. » — Art. 35 : « Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs. »

minelle abolie et non remplacée par une loi de même contenu, doit être considérée comme un jugement ayant perdu toute valeur par le développement supérieur du droit dans la conscience générale du peuple, cette substance unique de tout droit ayant été cassée, sauf en ce qui concerne ses effets passés.

Ce que nous venons de discuter se résume en ceci : le principe *nulla pœna sine lege* ne signifie pas seulement qu'une peine ne peut être infligée sans loi : il veut dire aussi que, même l'exécution de la peine ayant été commencée, elle *ne peut continuer* sans la loi qui l'a ordonnée ou une loi identique.

Comme nous l'avons fait remarquer, jurisprudence et auteurs, dans leur culte de la chose jugée poussé à l'idolâtrie absurde, sont généralement restés insensibles à l'effet produit de plein droit : par une nouvelle loi pénale plus indulgente ; cependant nous avons prouvé que cet effet est l'exigence absolue de la conception du droit. Mais les juristes français (1) y sont restés sourds autant que les Allemands.

Par contre, on rencontre parfois chez les législateurs une sanction formelle de la pensée que nous venons de développer ; ce qui ne veut pas dire qu'on puisse nous opposer comme argument l'absence d'une telle sanction dans la loi, puisqu'elle découle nécessairement de l'idée même du droit.

Le § 18 de l'Introduction du Code prussien est manifestement inspiré de cette pensée ; il dit : « La diminution d'une peine fixée par une ordonnance plus ancienne profitera aussi au transgresseur qui n'aura *pas encore subi* sa

(1) Par exemple Merlin, *Répert.*, v° Effet rétr., sect. III, § 11, n° 2 : « La loi qui vient substituer des peines plus douces à celles que des jugements antérieurs et passés en force de chose jugée ont infligées à des crimes ou délits de la même nature, réduit-elle de plein droit, et sans qu'elle s'en explique formellement, les condamnations prononcées par ces jugements? *Non* ; une fois que la condamnation pénale est prononcée en dernier ressort et passée en force de chose jugée, il n'y a plus qu'un acte exprès et spécial du souverain qui puisse en faire cesser l'effet ».

peine au moment de la publication de la nouvelle loi. »

On pourrait reprocher à ce paragraphe que, si ce point a été mentionné dans une décision législative particulière, l'effet sur la diminution de peine n'en est pas moins trop limité, et qu'il n'a pas été ordonné aussi pour le cas où l'acte visé par le jugement passé en force de chose jugée serait permis d'après la nouvelle loi.

En tous les cas, le Code prussien contient ici en germe la reconnaissance de ce que nous offre la véritable théorie.

Que dire alors du progrès qui se manifeste, quand le Code pénal général, proclamé en Prusse en 1851, dit textuellement dans les Décisions générales, art. 7 :

« Le § 18 de l'Introduction du Code général prussien est aboli », quand, conformément à cela, il limite, à l'art. 4, l'influence favorable de la nouvelle loi criminelle au cas où l'acte aurait été *commis* avant la proclamation de cette loi, mais où le jugement n'aurait pas passé encore en force de chose jugée à ce moment ? !

C'est la haine profonde, pleine de pressentiments, de toute intelligence, qui caractérise la période de réaction en Prusse dès 1849, qui s'étend comme une malédiction puissante jusqu'à ces détails où les causes et la logique de cette haine n'étaient même pas conscientes ; haine qui forçait la réaction prussienne à effacer les traits de lumière de sa propre législation publiée au siècle précédent.

Seule l'époque « sanguinaire » de la Révolution française avait, à un degré suffisant, l'instinct de l'idée et une humanité assez noble pour suffire dans toute son étendue à l'exigence qui vient d'être établie de la conception du droit. Par suite du nouveau Code pénal publié par l'Assemblée constituante le 6 octobre 1751, l'Assemblée législative ordonna expressément (art. 1-4) dans la loi du 3 septembre 1792, que tous les condamnés par jugement définitif et exécutoire auraient le droit de s'adresser aux tribunaux de première instance, s'ils avaient été condamnés à une peine plus forte que celle que le nouveau Code pénal infligeait au délit ou crime de même nature ; ces tribunaux ré-

duiraient leur peine à celle qui était fixée dans le nouveau Code pénal. Elle ordonna de plus (art. 5) que, par suite de la réduction des peines de détention limitées par le nouveau Code pénal à un maximum de 20 ans et de la suppression des condamnations aux galères, la détention à perpétuité serait abolie immédiatement pour tous ceux qui y avaient été condamnés précédemment, et que les galères seraient converties en réclusion ou gène en tenant compte de la longueur de la peine déjà expiée, conformément au nouveau Code pénal. Il fallait donc, si le temps déjà expié est égal au temps fixé par le Code pénal, remettre immédiatement en liberté les condamnés ; s'il était moindre, il ne fallait leur faire expier que le reste du temps fixé par le Code pénal (1).

Et ici on voit ressortir nettement ce que dans l'Introduction (p. 29 et ss.) nous avons dit de l'histoire politique de

(1) L'Assemblée législative pousse même sa noble humanité plus loin que ne l'exigeaient strictement les principes. Le nouveau Code avait remplacé par le jugement par jurés l'ancienne procédure criminelle où le juge ne pouvait pas, ainsi que le dit la loi dans le Préambule, « combiner le fait avec l'intention et les circonstances et prononcer d'après une conviction morale » ; alors l'Assemblée, sans se soucier des objections de la réaction qui prétendait que l'exécution était pratiquement impossible parce que les fonctionnaires étaient surchargés de travail, l'Assemblée ordonna que les condamnés s'adresseraient aux tribunaux criminels de première instance, et que ceux-ci décideraient comme un jury « en leur âme et conscience, sur l'étude des pièces et après s'être procuré le plus d'éclaircissements possible », si le crime qui avait causé la peine était excusable ou non ; s'ils le trouvaient excusable, ils prononceraient l'abolition complète de la peine, quelle que fût cette peine. — Nous prétendons que c'est plus qu'on ne peut exiger d'après les principes stricts, car c'est une rétroactivité sur l'ancienne loi de procédure formelle ; mais cependant la légalité antérieure d'une loi de procédure en ce qui concerne les jugements antérieurs prononcés sous cette loi n'est pas niée par le sentiment nouveau et transformé du droit au sujet de l'idée de droit, non plus que la compétence du juge institué légalement, par cette ancienne loi de procédure, à constater l'existence en fait d'un crime ; voilà ce qui ressort tout naturellement de nos développements.

l'idée de la non-rétroactivité en général, et du relâchement de la pensée qui s'est manifesté sous Napoléon.

Car malgré l'exemple superbe de la Révolution française que nous venons de citer, lorsque le 25 frimaire an VIII — et il faut se rappeler que trois jours auparavant, le 22 frimaire an VIII, la Constitution consulaire avait été proclamée — lorsqu'une nouvelle loi moins sévère est publiée, une loi qui convertit en simples délits correctionnels des délits de propriété qualifiés crimes, celle-ci est appliquée, il est vrai (art. 19), à des jugements déjà rendus, mais seulement à des *jugements* contre lesquels un *recours en cassation* est encore pendant.

§ 12. — *Considération finale. Conflit local des lois.*

Maintenant les différents moments du concept que nous n'avons pu poser au § 1 que comme une conception abstraite, se sont éclairés à nos yeux dans leur intégrité concrète. Il a été démontré en même temps comment l'idée des *droits acquis* est fondée sur l'idée de l'*acte individuel de la volonté*, et le postulat de l'inviolabilité de ces droits ou de la non-rétroaction sur l'idée du *libre arbitre ;* et nous les avons vus tous deux en opposition et en contradiction avec le mouvement de la substance juridique comme telle, ou avec l'influence des lois sur les droits purement juridiques.

Il a été démontré que même les droits, acquis en apparence non par des actes de volonté individuels, mais par des événements ou des actes de tiers, provenant par conséquent en apparence de la loi pure, ne sont que des exceptions *apparentes* de ce principe ; car, conçus dans leur véritable sens spéculatif, on se les représente exprimés au moyen de l'acte de volonté intellectuel de l'individu ; ainsi ils confirment l'idée dominante au lieu de la réfuter, et en même temps nous font reconnaître l'essence intime d'un grand nombre d'institutions juridiques.

Il a été démontré que la conception spéculative seule, et nulle autre, a le pouvoir de développer à l'aide de sa propre dialectique les différences qui se feront jour dans la multitude des cas spéciaux — cas dont la nature concrète, différenciée à l'infini malgré son apparente unité, est sans cesse maltraitée et froissée par la généralité abstraite de la formule juridique vulgaire qui traite de la même manière les cas les plus différents par leur sens intime. — Jusqu'ici l'examen est toujours parti de l'antagonisme entre le *libre arbitre individuel* et la *substance juridique* comme telle (la loi), antithèse sur laquelle est fondée toute l'idée développée. Mais ces termes antithétiques ne sont pas seulement des contrastes abstraits : bien plus, chacun des deux termes renferme l'autre déjà en lui-même, ne fait qu'*un* avec lui.

Le libre arbitre individuel, l'acte de volonté, n'est légal et valable que s'il renferme en lui la substance juridique (la loi) en tant que substance médiatrice (loi médiatrice, permission) ; et *vice-versa*, tant que la substance juridique ne repousse pas la liberté individuelle et l'accepte comme une chose qui a le droit d'exister, la liberté individuelle fait partie de la substance juridique de l'esprit populaire.

Cette loi spéculative de l'esprit — l'identité des termes conceptuels qui s'opposent l'un à l'autre, mais dont chacune renferme l'autre en lui-même — est la raison la plus profonde du rapport qu'entretiennent ces termes opposés : ils ne *s'excluent* pas au point de vue abstrait ; par conséquent, si la substance juridique, par son développement progressif, arrive à ne plus être immanente, comme médiatrice, à l'acte de volonté individuel, mais à s'opposer à lui de manière prohibitive, l'acte de volonté individuel ne peut pas continuer à agir ; et cependant il n'est pas question de rétroactivité ou d'atteinte au libre-arbitre, car cette union intime avec la substance juridique médiatrice a formé dès le début la base substantielle et le substratum sur lequel a été élevée la conception du libre arbitre juridique ; et ce libre arbitre est lié à l'existence de ce substra-

tum comme à sa propre nature substantielle. Et cette même loi spéculative essentielle est la base de cette autre affirmation : si la substance, par son développement, arrive à prendre une attitude affirmative à l'égard de l'acte de volonté individuelle prohibé, à la considérer comme un attribut de sa liberté, la validité substantielle (la reconvalescence) s'en manifeste d'elle-même dans l'existence du libre arbitre individuel (§ 7-12).

Ces lois conceptuelles, avec toutes leurs différences premières, compliquées et graduées de tant de manières, avec toute leur casuistique, se sont résolues pour nous dans l'unité du concept spéculatif, comme les dispositions qui découlent de cette conception par sa nature même et sa propre force. La masse confuse de règles incohérentes, incompatibles et contradictoires, dans un domaine où l'on désespérait même de pouvoir les ramener à une *pluralité* de principes stables déterminés, cette masse est revenue, comme les rayons divergents qui partent d'un même centre lumineux, vers son soleil central, vers la pensée unique spéculative dont elle était le rayonnement et l'émanation propre. Là seulement où il y a cette *unité*, il y a *science*, *système*, *preuve*, *certitude*.

En même temps il est si peu question d'une pensée subjective qu'il nous a été possible de désigner dans la matière empirique historique les *disjecta membra* de cette conception spéculative. L'empirisme pur aura toujours en partage le sort symbolique et triste d'Isis qui, recherchant les membres épars du dieu, les retrouve et les rassemble tous, excepté *un seul !* Mais si la philosophie recherche dans l'empirisme les membres déchirés de la pensée, qui est son dieu, elle n'a pas à craindre cette destinée. Car l'unité de pensée dont elle réunit les membres épars est elle-même le membre génital, l'organe de la vie qui se conçoit elle-même, qui produira de lui-même, par une fécondité créatrice, ses résultats positifs et écartera les erreurs jusque-là admises.

Et précisément parce que nous n'avons usé que de la conception spéculative, que nous n'avons opéré qu'à l'aide

de la conception du libre arbitre individuel d'une part, et de la substance juridique (loi) d'autre part, et que nous avons développé toute notre matière avec l'aide exclusive de ces facteurs — nous avons fait plus que de résoudre simplement notre problème. Nous avons de plus — à côté de bien autres choses — élucidé *en principe* la question du conflit *local* des lois.

Il est inévitable que cette question ait été résolue en principe par le développement logique qui précède, car elle est fondée sur les mêmes facteurs conceptuels : sur la notion du libre arbitre individuel et celle de la substance juridique comme telle, et sur les interférences de ces deux notions. Que ces interférences aient lieu dans le *temps* ou dans l'*espace*, voilà qui est nécessairement identique ; car ces formes sensibles de l'existence sont identiques même dans leur concept, et au point de vue de la valeur interne, il est absolument indifférent dans lequel de ces deux milieux se manifeste le conflit logique. Ainsi le pressentiment de cette identité, déjà exprimé par Savigny, son affirmation qu'il existe un « lien intérieur » entre le conflit dans le temps et le conflit local (VIII, préf. VII), — quoiqu'il n'ait pu maintenir cette affirmation à travers tout le développement de sa doctrine, — est arrivé à sa réalisation vraie, qui est la réalisation de son identité intérieure. Si nous voulions donner la preuve pratique que notre développement a amené aussi la solution de principe de la question sur le conflit local, il nous faudrait exposer et résoudre en détail chacune des questions sur le conflit local ; mais ce sujet ne serait pas d'un intérêt suffisant. C'est pourquoi nous nous contenterons de deux remarques. Premièrement on peut établir cette formule : dans les cas où le juge appliquerait la nouvelle loi si ce conflit était réduit à un conflit dans le temps, il entendra le droit du lieu où le procès est pendant ; mais dans les cas où, s'il y avait conflit dans le temps, il faudrait appliquer la loi du moment de l'acte, il faut appliquer, quand il y a conflit local, le droit du domicile d'origine en ce qui concerne la capacité juridique de l'individu, le droit

du lieu de l'acte en ce qui concerne la validité formelle de l'acte ; mais en ce qui concerne les effets juridiques de cet acte, il faut appliquer le droit reconnu même tacitement par les parties ; et ce droit peut être alors celui du lieu de l'acte, ou celui du domicile, ou celui du lieu de l'accomplissement, selon la volonté de fait des deux parties. Il n'y a donc — et voilà ce qu'on a toujours eu le tort de négliger — *aucun conflit des lois* dans la simple difficulté de constater l'intention réelle ; mais pour cette même raison, cette question dépasse le cercle des principes que nous étudions.

Il faut simplement faire remarquer, pour éviter de graves erreurs, qu'une loi prohibitive ou absolue pour les citoyens de son propre pays ne l'est cependant pas nécessairement au point de vue international, pour les sujets d'un autre Etat ou d'une autre législation. Si par exemple une loi prussienne décrétait qu'avant 25 ans personne n'est majeur, cette loi serait prohibitive, parce que la volonté privée ne peut pas y déroger ; mais elle ne le serait que pour les Prussiens. Cette loi veut accorder aux Prussiens la protection impliquée dans l'interdiction de la capacité juridique jusqu'à un certain âge où la raison est plus mûre. Mais elle ne songe point du tout à imposer cette protection aussi aux étrangers et à empêcher par exemple le législateur français de déclarer que les Français seront majeurs déjà à 21 ans. Vis-à-vis des étrangers, cette loi n'a donc qu'une influence médiatrice ; elle considérera comme majeurs tous les Français âgés de 21 ans et proclamés majeurs par l'acte de leur législateur, aussi bien que des Prussiens qui seraient majeurs par la déclaration des Chambres supérieures de tutelle. C'est pourquoi on peut porter plainte à Berlin aussi bien qu'en France, malgré la loi prussienne absolue, contre un Français de 21 ans qui a contracté un emprunt à Berlin. Dans ce que nous venons de dire, il est démontré en même temps pourquoi, en ce qui concerne la capacité juridique, il faut juger toujours d'après les lois du *domicile* d'origine là où, pour un conflit local réduit à un conflit dans le temps, la loi *du moment de l'acte* serait déterminante.

Il semblerait, puisque nous affirmions l'identité avec le cas de conflit local, qu'ici ce serait plutôt la loi du *lieu de l'acte* qu'il faudrait appliquer. Mais on ne l'appliquera pas, parce que, comme nous l'avons vu plus haut, toutes les lois sur la capacité juridique ne sont pour l'étranger que des lois *permissives* (médiatrices), tandis que celles de son pays sont *absolues* sur cette question.

Si donc il ne possède pas la capacité juridique d'après la loi du *lieu de l'accomplissement de l'acte,* mais bien d'après celle de son pays d'origine, il sera considéré comme un individu possédant cette capacité puisque la loi du lieu est *permissive* à son égard, tandis que celle de son pays agit de manière *absolue* sur lui ; son cas est pareil à celui d'un individu qui, vivant sous cette loi du lieu, aurait acquis la capacité juridique par un acte particulier reconnu admissible par cette loi. Si au contraire un étranger possède la capacité juridique d'après la loi du lieu d'accomplissement, mais non d'après celle de son domicile d'origine, il sera considéré comme ne la possédant pas, puisque la loi locale n'est que permissive à son égard, tandis que celle de son domicile est prohibitive pour ses concitoyens. Car l'effet de la simple autorisation est exclu par la loi prohibitive, comme une permission attachée à une condition qui n'aurait pas été remplie. — Voilà sur quoi seulement est basé le fond intérieur de l'ancienne théorie (1) : Les lois du domicile agissent toujours comme statut personnel sur la capacité juridique.

(1) Cf. la littérature de cette théorie : Flory, *Conflit of Laws,* 2e éd. § 50-106. — V. aussi le procès Bauffremont.

III

APPLICATIONS

Après les discussions explicites où nous nous sommes engagés en développant la théorie, nous ne pouvons avoir pour but de traiter ici les questions de droit dont la solution ressort suffisamment de la théorie, quand bien même ces questions n'auraient pas été traitées expressément. Ce n'est pas le moins du monde le but de cet ouvrage de résoudre tous les cas possibles pour épargner au lecteur la réflexion personnelle. Et, sauf le droit d'héritage, qu'il nous faut traiter avec exactitude, car cela est nécessaire au double point de vue du développement et de l'affermissement de la théorie, nous ne développerons qu'un petit nombre de questions, qui, par leur nature spéciale, présentent un intérêt particulier ou qui peuvent soulever une difficulté particulière.

I. — Condition des personnes et capacité civile.

A

Une loi intéressante de Justinien, dont les différents aspects n'ont pas été bien compris, peut tout d'abord nous donner matière à discussion ; en effet, si on la considère avec attention, il faudra en écarter aussi bien la difficulté apparente que les fausses conclusions auxquelles elle a donné lieu ; mais il y a plus, et cette loi est surtout propre, aussi bien par elle-même que par sa comparaison avec

d'autres lois du même législateur, à mettre en évidence combien il est incontestable que Justinien a subi les effets de la notion que nous avons développée au paragraphe 1, et comme les lois qui se rapportent à notre sujet sont redevables, jusque dans leurs *contradictions apparentes*, à son activité dialectique.

La *lex Junia* avait décrété que, dans certains cas d'affranchissement incomplet, l'affranchi participerait bien à la *latina libertas* et serait capable d'acquérir, mais qu'en vertu d'une fiction, il retomberait à sa mort dans l'état d'esclavage, et que, par conséquent, sa fortune devrait échoir à son patron, non pas comme héritage, mais par suite de cette fiction (1).

Par la l. I, C. *de Lat. libert. tollenda*, Justinien abolit cet affranchissement incomplet et le changea en un complet affranchissement jouissant de tous les effets du droit de cité. Mais, à la fin du texte de la loi, il ajoute que non seulement elle ne devait pas être appliquée aux affranchis déjà morts — car dans ce cas leur fortune était déjà revenue à leurs maîtres — mais encore que *les affranchis encore vivants* (2) *ne devaient pas en ressentir les effets* (3).

(1) Gajus, III, § 56 ; Ulpien, XX, § 8, 14, et Justinien (voir page 312) : « Quis enim patiatur talem esse libertatem, ex qua ipso tempore mortis in eamdem personam simul et libertas et servitium concurrant et qui quasi liber moratus est, eripiatur non solum in mortem, sed etiam in servitutem ? »

(2) § 13 : « Sed si quidem liberti jam mortui sunt, et bona eorum quasi Latinorum his, quorum intereat, aggregata sunt, *vel adhuc vivunt*, nihil et hac lege innovetur, sed maneant apud eos jure antiquo firmiter detenta et vindicanda. In *futuris* autem, etc. »

(3) Notons ceci : La non-application est ici prescrite *expressément* ; mais Bergmann se garde bien de se servir de son déplorable argument de tout à l'heure (voir plus haut, p. 204, note 1). Une addition expresse du législateur sur la question de la rétroactivité, montrerait, selon lui, comme quoi, d'après la propre opinion de ce législateur, ce qu'il a prescrit ne résulte pas de l'idée pure du droit ; c'est à vrai dire un argument avec quoi Bergmann met très facilement de côté toutes les prescriptions des lois romaines qui, à son avis, contrediraient la conception romaine de la rétroactivité ;

Bergmann se sert de cette loi pour en tirer une fausse conclusion. Une loi qui change l'état des personnes (et *par suite* également les droits de succession) ne devrait selon lui être appliquée à personne dont la condition ait déjà été établie et réglée dans le passé (1).

Savigny, qui ne partage pas cette erreur de Bergmann (2), veut, d'une façon tout aussi erronée, fonder (3) son principe sur ce que les « effets futurs de faits passés » ne peuvent être changés que par de nouvelles lois : formule abstraite et générale comme son contraire ; les §§ 6 et 7 en ont fait ressortir en pleine lumière et de façon frappante le peu de justesse. En un autre endroit (4), Savigny dit sur la même loi : « Ce n'était pas là une loi sur les successions, comme l'admettent ordinairement les auteurs modernes, mais une loi sur l'affranchissement et la restriction du droit patrimonial qui s'y rattache, et cette disposition transitoire était très bien appropriée à la nature de cette situation juridique. »

Savigny démêle avec juste raison dans ces mots la légitimité de l'ordonnance, et il s'approche en une certaine mesure de ce qu'il y a vraiment au fond, sans pourtant pouvoir le montrer réellement. Si la loi n'était pas une loi sur les successions, — et, en effet, ce n'en était pas une, — c'était donc, par contre, comme Bergmann le montre p. 96 avec assez de justesse et d'exactitude, une loi sur le changement de tout l'*état* des *liberti latini*. C'était une constitution sur l'*état des personnes* et une modification subsé-

mais il oublie de l'appliquer toutes les fois que, comme ici, ce qui est expressément prescrit est d'accord avec l'idée qu'il se fait de la conception de la rétroactivité chez les Romains.

(1) Inhibition de la force rétroactive, etc., p. 96 ; cf. p. 89.

(2) Pour la position véritable qu'il prend à ce sujet, voir plus haut, p. 83-88.

(3) *System*, VIII, 395. Savigny imprime en caractères gras les mots *vel adhuc vivunt*, car c'est justement en eux qu'il trouve la confirmation de ce principe.

(4) *System*, p. 505.

quente des droits de succession, on peut même dire un établissement de ces droits découlant du changement dans la *capacité légale* de la personne.

Mais, partout où survient, par suite d'une loi modifiant l'état des personnes, une nouvelle capacité légale, comme par exemple la *testamenti factio* active, le droit d'héritage *ab intestat*, etc., il faut que cette loi saisisse aussitôt de cette capacité légale toutes les personnes vivantes de cet état, et c'est la conséquence non seulement de notre système, mais encore de celui de Savigny (1). Personne ne contestera que, lorqu'une loi donne aux *peregrini*, qui ne l'avaient pas, la *testamenti factio* (2), ou donne aux esclaves une certaine capacité de posséder — par exemple un *peculium* quelconque — ce droit ne doive saisir aussitôt tous les *peregrini* — ainsi que tous les esclaves, du moins par rapport *à ce qu'ils avaient acquis à partir de ce moment.*

Les *Latini Juniani* pouvaient donc dire : Cette loi donne à notre état une certaine capacité de posséder ; en effet, elle abolit complètement cet état, elle le transforme en lui donnant la liberté entière, et nous fait jouir du droit de cité. Il faut qu'elle produise aussitôt son effet sur toutes les personnes appartenant à cet état.

Et pourtant, pourquoi cette loi est-elle conforme au droit ?

Pour la simple raison que voici : si ces *Latini Juniani*

(1) Voir par ex., VIII, 414-419, 452 et suiv., 461 et suiv., et *loco citato*.

(2) L'affranchi dont il est question ici — le *Latinus Junianus* — avait la *testamenti factio* et pouvait donc être témoin d'un testament. Mais il ne l'avait pas par rapport à sa propre fortune (voir le passage cité plus haut). On peut exprimer ceci plus exactement ainsi : il avait la *testamenti factio* pendant sa vie, mais il la perdait *au moment de sa mort*, par suite de quoi un testament existant devient nul de lui-même, à cause du manque de capacité. En effet, le cas du *Latinus Junianus* n'est pas semblable à l'incapacité de tester du *filius familias*, car ce dernier, à la différence de celui-là, peut acquérir pendant sa vie de la fortune pour lui-même.

ont été affranchis, c'est uniquement *par le bon plaisir de leurs maîtres* ; or, cette nouvelle loi, quand bien même elle n'aurait d'effet sur les affranchis qu'en tant que loi, atteindrait pourtant les ayants droit — les anciens *domini* des esclaves affranchis par eux — par l'intermédiaire d'un *acte de volonté individuelle*, et dénaturerait cet acte de volonté ; en effet, elle donnerait à cet acte des ayants droit des conséquences légales autres et plus importantes que le *dominus* ne l'a su et voulu par l'action de l'affranchissement.

Il est donc tout à fait naturel et logique que la loi romaine, n'abolissant pas comme inadmissible l'esclavage et par suite l'incapacité de posséder qui en dépend, mais seulement un état intermédiaire *produit uniquement par la libre volonté des maîtres*, se mette au point de vue des *domini* et ne veuille pas, au surplus, les obliger à une aliénation de leurs droits plus grande que celle à laquelle ils s'étaient volontairement soumis.

Nous voyons ainsi l'idée que nous avons développée au § 1 confirmée de façon frappante dans cette Constitution de Justinien. Il s'ensuit en même temps que, si la cause de l'entrée des anciens esclaves dans la *Latinité Junienne* avait été *indépendante de la volonté des maîtres*, par conséquent objective, ou — ce qui, par rapport aux maîtres, est la même chose — si ce changement de condition avait été produit uniquement par une action *volontaire* des esclaves (1), cette loi de Justinien aurait dû ordonner tout le contraire, et attribuer *aussitôt* la capacité juridique avec toutes ses suites à toutes les personnes vivantes de cette catégorie.

Et en effet, on peut établir par toute une série de lois que Justinien a *observé soigneusement cette différence*, et, par conséquent, qu'il a entièrement travaillé sous l'influence de la notion que nous avons développée précédemment.

(1) Dans le cas, par exemple, où les esclaves deviendraient libres *ipso jure*, soit par l'obtention de certaines dignités, soit comme récompense pour certaines actions ; voir *Dig.* : « Qui sine manumissione ad libert. perv. » (40,8), et *Cod.* : « Pro quibus causis servi pro præmio libert. accip. » (7,13).

Jetons d'abord un coup d'œil sur une loi à quoi nous avons déjà fait allusion (voir p. 88) et qui concerne l'habilité et la capacité civile conditionnées par le droit familial. Justinien prescrit dans la Novelle 81 que, par l'attribution impériale de certaines dignités et de certains emplois à des fils de famille, ceux-ci deviennent de plein droit et sans émancipation paternelle *sui juris*. Un tel cas se présente ici : indépendamment de l'action de la volonté individuelle de celui qui était jusqu'alors l'ayant droit, la puissance du chef de famille est brisée par l'*existence objective de l'emploi* (1) et la capacité légale survient avec ses suites. Et Justinien, d'une façon en tous points conforme à la différence que nous avons expliquée avec assez de détail, veut voir cette loi appliquée non seulement, comme la loi sur les *Latini Juniani*, à des personnes qui seront à partir de ce moment dans cette situation, mais également à celles qui déjà auparavant avaient obtenu une dignité telle : si bien qu'elles doivent maintenant et *sans plus* être *sui juris* (2). Il exprime ceci de la façon la plus formelle (chapitre I, § 1) :

(1) Justinien pense ceci de la façon la plus nette : « Ut ordinarii consules, si in potestate sint simul cum verbo, quod ipsis hoc munus tribuit suæ potestatis fiant », dit-il au même chapitre I.

(2) Dans le même ordre d'idées, il tombe maintenant une claire lumière sur une institution du vieux *jus civile*, la *minima capitis diminutio*, et spécialement sur ces deux questions : pourquoi l'émancipé, qui ne gagne cependant que la capacité légale, subit-il aussi du fait de l'émancipation une *capitis diminutio*, et pourquoi la Vestale (c'est aussi le cas du *flamen dialis*) ne subit-elle, malgré sa sortie de la famille, aucune *capitis diminutio*. Savigny (II, 65 et suiv.) répond à la première question en se rapportant à la L. III, § 1, *de c., m.* (4, 5) : « Cum emancipari nemo possit nisi in *imaginariam servilem causam* deductus », et en disant que la raison de ce fait était la forme antique de l'émancipation, le passage formel par la *mancipii causa*. Seulement, c'est donner l'effet pour la cause. Car on peut regarder ce passage formel simplement comme la *représentation symbolique* de la pensée *agissante dans l'acte*. La question se répète alors sous la forme suivante : pourquoi faut-il donc que l'émancipation soit liée à ce passage formel ? Ce qui n'est pas autre

«... Quare sive *quis nunc* in potestate aliena *sit*, qui hisce honoribus aut magistratibus quos antea enumeravimus,

chose que la question : pourquoi faut-il que d'après son esprit elle renferme en elle une *capitis diminutio ?*

La seconde question : pourquoi la Vestale échappe-t-elle à la puissance paternelle sans *capitis diminutio* ? a causé de tous temps aux juristes beaucoup d'embarras (voir Cramer, *Kleine Schriften* (Leipzig, 1837), p. 89 et suiv. ; Savigny, II, 503 et suiv.), car ce fait va contre la règle courante, qui dit que toute *familiæ* ou *status permutatio* doit amener une *capitis diminutio*. Mais quand Böcking, *loco citato*, I, 217, s'écrie : « Alors ce serait une *familiæ* ou *status permutatio* sans *capitis diminutio* ? En vérité, il n'y a pas ici de telle *mutatio*, ni de telle *minutio*. » On ne peut être d'accord avec lui, car la *familiæ permutatio* ne peut pas être contestée le moins du monde. Elle se manifeste évidente dans l'ensemble des faits suivants : la Vestale ne peut plus dans la famille faire d'héritage *ab intestat* ; de même sa famille ne peut plus hériter d'elle ; elle est, de plus, capable de tester et, quand elle se retire après trente ans de services, elle ne retombe pas sous la puissance paternelle, mais reste *sui juris*, faits que Böcking (*loco citato*) lui-même constate, et qui, pourtant, démontrent de la façon la plus incontestable, que les liens de famille et d'agnation sont rompus, et qu'elle est sortie de la famille.

La réponse à ces deux questions est la même. Elle repose sur la conception du *filius familias* ; — nous ne pourrons l'exposer avec la clarté nécessaire et en faisant bien voir les deux points de vue sous lesquels on peut la considérer que dans le second volume, au moment où nous traiterons des droits romains d'héritage. Le fils est la propriété de son père. Si cet état cesse, c'est que le père *pose son fils hors de sa possession*, c'est-à-dire qu'il *s'en dessaisit*. Mais par l'aliénation même, et dans toute aliénation quelque chose est précisément posé comme *chose*. Ce fait que le bon plaisir d'une personne *pose comme sa chose* une personne libre en soi (destinée à la liberté) contient en soi le principe de la *capitis diminutio* pour le fils et le force à en exécuter la représentation symbolique, le passage formel de la *mancipii causa*. On va dire : si, par l'émancipation, le fils est nécessairement *posé comme chose*, il ne subit pas de *nouvelle capitis diminutio* par cela même. Car il était déjà *auparavant* la chose du père ; il n'est posé maintenant qu'en la qualité qu'il avait déjà en soi jusque-là, et la *capitis diminutio* devrait déjà, d'après cela, être comprise dans la condition du *filius familias*, ce qui n'est pas le cas. Seulement, ce raisonnement méconnaîtrait la notion spéculative de cette situation que nous aurons plus tard à

fruitur, sive *postea futurus sit*, etiam hunc sequatur jus suæ potestatis. » Et de même au chapitre 2 : « Neque enim

développer et que nous ne pouvons qu'indiquer ici en passant. Le fils est en soi — et c'est ce qui le distingue de l'esclave — personne libre, destinée à devenir d'elle-même et en son temps *sui juris ;* avec cette seule réserve que cette personne libre en soi est avec une autre personne en identité de volonté de droit privé, et cette autre personne est temporairement le seul support autorisé et le sujet de cette *volonté identique* pour les deux. Et, comme le fils est en soi personne capable de volonté, il n'est donc pas chose, et *n'est pas* dans un état de déconsidération, mais parce que le père est momentanément le seul sujet autorisé de cette identité de volonté, il *peut en faire sa chose*. Le fils n'est donc pas chose ; mais il y a dans sa condition simplement la possibilité pour son père de le poser comme chose. C'est de cette simple possibilité que le père se sert, et il faut absolument qu'il s'en serve, s'il veut abolir sa puissance sur son fils. Car il faut qu'il l'y *soustraie*, et que pour ce but, précisément l'acte de renonciation le pose et le traite comme *chose*. (Jusque-là, de quelque façon qu'il le traite, c'est toujours comme un *fils*, comme *identité naturelle* et non comme chose ; ce n'est que par l'*abolition de cette identité* qui se réalise dans la *renonciation*, par conséquent dans l'acte qui l'affranchit de cette identité, que le fils devient non-identité et est, *pour cette raison*, posé comme chose.) C'est ainsi que le fils subit précisément par l'émancipation, et seulement par l'émancipation, la *capitis diminutio*, étrangère à son ancienne condition. — Le fils sort-il de la puissance paternelle par une condition située en dehors de la volonté du père, par exemple par la mort naturelle du père, donc sans être posé par lui comme chose, il ne subit pas cette *capitis diminutio*. — S'il en est ainsi, la raison est très claire pourquoi la *Vestale* et le *flamen Dialis* se trouvent dans cette dernière condition et, malgré l'évidente *familiæ* ou *status permutatio* ne peuvent subir aucune *capitis diminutio* ; car ce n'est pas par la volonté du père, mais d'une manière *tout à fait indépendante d'elle*, qu'ils se soustraient à sa puissance ; ils ne sont par conséquent pas, comme cela a nécessairement lieu pour l'émancipation, qui a pour but la libération, posés comme la *chose* de cette *volonté*, et *par suite* ils ne subissent aucune *capitis diminutio* et n'ont pas en conséquence à passer par la *mancipii causa*. L'axe moral de tout ceci n'est donc pas, selon l'avis de Böcking et Göttling « le changement d'état de la *Vestale* et du *flamen Dialis*, qui passent dans une sphère légale plus élevée que la sphère bourgeoise », mais, comme dans le cas où la puissance paternelle est supprimée par la mort, cas où la

volumus, ut qui ita suæ potestatis *factus est* (c'est-à-dire par l'obtention antérieure d'un emploi), *vel fit* (par l'obtention future de cet emploi). »

Mais la loi n'en reste pas à cette analogie si frappante. Justinien y revient encore très souvent sur l'état d'esclavage. Il s'écrie au début de la loi : « Si enim sancivimus, ut quando servus aliquis sciente domino militia dignus habitus, *vel dignitatem aliquam ab Imperatore consecutus est*, is statim liberetur et ad ipsam ingenuitatem transferatur, quare justum non esset, ut ille, qui talibus codicillis dignatus est, patria etiam potestate liberetur ? » Les choses se passent donc comme pour le *Latinus Junianus*. Toutes les fois que la suppression de l'état d'esclavage est amenée par un fait qui n'est pas originairement produit par le simple bon plaisir de l'ayant droit, mais consiste en l'existence objective d'une dignité conférée par l'empereur, l'affranchissement doit toucher immédiatement tous les esclaves qui se trouvaient précédemment dans cette situation. Dans le passage cité, le *statim* et surtout le parfait *consecutus est* le montrent aussi clairement que le parallélisme, voulu par Justinien même, de ce cas avec celui où le fils est affranchi de la puissance paternelle en vertu de dignités conférées par l'empereur.

Il en est de même quand l'esclave devient libre pour s'être voué à l'état monastique, c'est-à-dire lorsqu'il devient libre pour s'être élevé indépendamment de la volonté du maître et, bien plus, par sa propre volonté, dans un état sacré objectif : la volonté du maître peut même parfaitement être opposée à ce genre d'élévation. Dans la No-

sphère légale reste la même, simplement dans ce fait qu'ils deviennent *sui juris* par un changement qui se fait uniquement *de leur côté*, et non par la volonté paternelle, et par conséquent *sans être traités* par cette volonté comme sa chose. Nous voyons d'après la Novelle de Justinien que c'est le cas pour les charges dont nous avons parlé. Et c'est pour cette raison même que la suppression de la puissance paternelle a lieu également pour la *Vestale* et le flamen *Dialis* sans *capitis diminutio*.

velle 5, chap. II, §§ 1 et 2, Justinien prescrit précisément que, si un esclave échappé à son maître s'est réfugié dans un cloître pour y devenir moine, il doit être élevé à la condition libre (1) non seulement après le laps de trois ans, nécessaire (voir chap. II, § 1) pour être jugé digne de la *vestes monachica et tonsura*, mais que même avant ce temps il doit être délivré de la puissance de son maître. Ce dernier ne peut plus le réclamer (voir id. § 2), à moins de prouver que l'esclave s'est échappé uniquement dans le but de se soustraire aux suites de sa conduite. Et, encore une fois, l'emploi général des temps dans cette Novelle montre, surtout par la comparaison avec le texte grec, que cette loi devait s'appliquer aux esclaves qui étaient déjà entrés, *avant* sa promulgation, dans un cloître ou qui s'étaient déjà échappés de chez leurs maîtres.

Justinien agit d'une façon tout à fait analogue dans la Novelle 123 sur l'admission d'esclaves dans l'état ecclésiastique.

Il dit au chapitre XVII de cette Novelle : « Si servus sciente et non contradicente domino in clerum allectus sit, *ex ipsa allectione liber et ingenuus sit.* » Le texte grec — ἐξ αὐτοῦ τοῦ καταλεγῆναι — montre, avec son infinitif aoriste, d'une façon très déterminée, que, même lorsque l'action de l'admission a eu lieu dans le passé, cette loi doit être appliquée et produire l'affranchissement. Et la condition qui y est ajoutée : «...sciente et non contradicente domino » ne contredit en aucune façon la différence de conception que nous avons montrée. Et ce simple fait de savoir et de ne pas contredire de la part du maître est si peu un affranchissement que Justinien prescrit encore dans le même chapitre que, lorsque l'esclave devenu libre par cette entrée dans les ordres agréée par le maître quitte l'état ecclésiastique, il fasse retour à son maître (« domino suo in servitutem tra-

(1) « ... Atque in libertatem vindicentur, nam si multis in casibus a lege quoque hoc fit et talis libertas datur, quidne divina gratia his vinculis eos liberare possit ? »

datur »). Le maître pouvait donc fort bien avant cette loi permettre passagèrement l'entrée de l'esclave dans le clergé dans l'ignorance où il était de ce que l'esclave échapperait par là irrémédiablement à sa possession.

Mais on ne regarde pas ici comme la cause de la libération — ce qui est le cas pour le *Latinus Junianus* — la simple action de la volonté du *dominus*. On regarde bien plutôt comme cette cause la propre élévation de l'esclave dans l'état sacré ecclésiastique, qui n'est aucunement produite par le bon plaisir personnel de l'ayant droit. Le bon plaisir personnel légal du maître n'aurait pu qu'*empêcher* cette élévation spirituelle. Mais s'il ne l'a pas fait, une fois que cette élévation a eu lieu légalement, la liberté n'est plus qu'une conséquence du caractère spirituel obtenu par le vouloir et le désir de l'esclave, non du maître. Puisque la volonté de l'ancien ayant droit — qui n'est ici que négative — n'est la cause productrice ni de l'affranchissement, ni de l'état ecclésiastique où l'esclave se trouve, tandis qu'elle était certainement la seule cause de l'état de l'affranchi junien — il faut que cette cause de liberté — qui ne dérive pas de l'action de la volonté individuelle de l'ayant droit — saisisse tous ceux qui se trouvent dans cet état, et même tous ceux qui se trouvaient dans cet état *avant* la promulgation de la loi. Et, tout en produisant cet effet, on ne peut pas dire qu'elle rétroagisse, *parce que* précisément cette libération et cet état des esclaves sur quoi elle se fonde sont regardés comme produits par une cause objective, il y a plus, par une cause se trouvant au pouvoir de l'esclave, et non par l'action de la volonté individuelle de l'ayant droit.

Cette différence de conception, Justinien l'observe dans d'autres lois, concernant la capacité légale et la capacité civile des personnes. Par la Novelle 5, chap. V, il avait prescrit que les moines qui, avant d'avoir précédemment disposé de leur fortune, entraient dans un cloître, perdaient le droit d'en disposer testamentairement. De plus, la fortune, à l'exception d'un quart à délivrer, en cas de mort

ab intestat, aux enfants de celui qui était entré dans les ordres, devait échoir au cloître.

Mais alors s'éleva la question de savoir si cette loi devait s'appliquer également à ceux qui étaient entrés dans un cloître avant la promulgation de la loi. Pour aplanir la difficulté de cette question, Justinien publie la Novelle 76. Il est dit expressément dans la préface que le doute planant sur un cas particulier en était l'occasion. Et Justinien décide encore de cette question sous l'influence visible de la notion que nous avons exposée plus haut. L'entrée dans l'état monastique sans disposition testamentaire préalable était uniquement un acte volontaire libre de l'individu. Joindre à une telle entrée antérieure la perte du droit de disposer de sa fortune, et même la perte de la possession de cette fortune, en raison d'une loi postérieure, c'était dénaturer complètement un acte volontaire individuel passé et lui donner un contenu qu'il n'avait pas eu lors de son exécution, c'était, par conséquent, ou bien porter atteinte à la liberté reconnue à ceux qui entraient encore maintenant dans un cloître, ou bien donner à la loi un effet rétroactif. Justinien décide donc que les personnes entrées antérieurement à la promulgation de la loi, qu'il y eût des enfants ou non — car le premier cas est nettement indiqué par le mot « maxime » — conserveront le pouvoir de disposer de leur fortune comme il leur plaira. Et les expressions dont il se sert dans ce passage sont remarquables : « ... Eos enim » — c'est ainsi qu'il motive cette interprétation — « qui ante prædictam legem semel in monasteriis commorantur, nihil plane lex postea lata *contristabitur* (1), aut quid eorum *adimet*, quorum licentiam iis antea dedimus ; nec prior nostra lex ullo modo impedimento sit, quoniam *id non est ex iis quæ fieri possunt*, *prius* enim disponere et *sic* monasterium ingredi oportuit. *Si vero quis* nulla ejusmodi lege lata monasterium *ingressus sit*, qui *fieri*

(1) Cf. le « calumniare » dans l'ordonnance d'Anastase, plus haut, p. 7.

poterit, ut ordo legis invertatur atque ab illis exigatur, qui antea monasterium ingressi sunt, ut illa faciant quæ *prius ignorata* divina nostra constitutione innovata sunt? »

Justinien reconnaît dans ce *id non est ex iis quæ fieri possunt* — chose sûrement assez rare chez lui — qu'il ne lui était aucunement possible de prescrire le contraire et que son autorité rencontrait ici sa barrière légale.

Nous avons donc ici une loi qui détermine *la capacité légale d'une certaine catégorie de personnes.* Elle ne doit cependant pas être désavantageuse pour ceux qui appartenaient déjà à cette catégorie, car elle ne les atteindrait que par l'intermédiaire d'actions faites par eux librement, ce qui serait les dénaturer.

Il sera intéressant — à propos de cette loi — de jeter un coup d'œil sur la théorie de Savigny, que nous discuterons brièvement ensuite pour éviter tout malentendu au sujet de ce que nous venons de dire. Est-ce que cette Novelle 5, chapitre V, si on la considère par rapport à la division de Savigny, appartient aux lois sur l'*acquisition* (ou la perte) de droits, ou aux lois sur l'*existence* de droits? Sûrement, si on se place au point de vue des *personnes entrant dans le cloître,* qui, par cette action, perdent leur fortune et la capacité de posséder, elle appartient aux lois sur l'*acquisition* (ou la perte) de droits. Mais si l'on se place *au point de vue de l'organisation de l'état monastique*, on peut aussi bien trouver dans cette loi ou dans d'autres lois semblables une loi sur l'inaptitude des moines à posséder, c'est-à-dire *une loi sur l'existence de droits* (qui par cela même devrait avoir, d'après Savigny, un effet rétroactif).

Ces concepts abstraits ne présentent donc *rien de fixe* qui les délimite : ils débordent l'un sur l'autre, suivant que l'on se place au point de vue de l'état même, ou au point de vue des individus avant leur entrée dans cet état.

Si l'on considère que d'après Savigny (1) les lois promul-

(1) Cf. par exemple, VIII, 517 et 527 et suiv. Savigny, dans sa manière de comprendre et de justifier les lois qui diminuent ou

gnées pour des raisons morales, religieuses et politiques doivent avoir un effet rétroactif à cause de leur nature coercitive qui les place en dehors du pur domaine du droit, il faudrait que l'on penchât d'autant plus à croire que cette Novelle devait atteindre aussitôt toutes les personnes entrées antérieurement dans l'état monastique. Car cette loi est *complètement* la conséquence de raisons morales et religieuses. Seulement, il ne s'agit pas de savoir — car Savigny a confondu les deux choses (1) — si une loi a des *motifs* astreignants, mais de savoir si c'est *une loi astreignante,* autrement dit une loi ABSOLUE, excluant le bon plaisir personnel. Et maintenant ceci va devenir particulièrement clair. Si la loi était partie de cette idée que toutes les personnes entrant maintenant dans l'état monastique *devraient* être, à partir du moment de l'entrée, non seulement *incapables de posséder*, mais aussi obligées de céder leur fortune entière *au cloître*, son application à toutes les personnes *entrées* avant la promulgation de la loi et qui s'y trouvent encore actuellement en possession de leur fortune, *n'aurait pas constitué un effet rétroactif*. Pour une loi abolissant l'existence de droits existants de telle façon qu'elle exclue et veuille exclure d'après son contenu même tout écart du libre arbitre, pour une loi qui, par conséquent, regarde et détermine ce droit comme un droit qui serait *en dehors de la sphère légale* de la liberté privée, l'application aux individus qui se trouvent déjà dans cet état ne peut pas représenter une atteinte *particulière* à la liberté, une atteinte à la liberté légale (c'est-à-dire reconnue) et par conséquent ne peut être considérée comme un effet rétroactif.

Il n'y a plus ici un acte de la volonté individuelle — l'acte de ne pas disposer de sa fortune avant l'entrée au cloître ; — il n'y a plus ici d'acte qui fasse tomber l'indi-

abolissent les droits des enfants naturels et principalement l'article 340 du Code civil. prétend que la novelle 5 aurait dû exercer un effet immédiat sur les anciens moines.

(1) Cf. plus haut, p. 296, note 1.

vidu sous le coup de la nouvelle loi ; ce qui est en question, c'est l'*existence* d'une catégorie, d'un état de personnes, dont la situation légale est chose de loi et non de volonté individuelle ; et, par conséquent, une loi coercitive donnant ou retirant, par suite d'une variation de la conscience publique, certains droits à cet état, doit atteindre, *à partir du moment où elle est promulguée,* tous les individus *appartenant* à cet état. Dans le cas de cette loi, les moines auraient perdu à partir de ce moment leur fortune et leur aptitude à posséder, aussi bien que s'ils étaient entrés dans l'état monastique seulement à ce moment.

Il est vrai qu'on pourrait en ce cas vouloir regarder l'acte de la volonté individuelle comme la prétendue cause, par l'intermédiaire de quoi l'individu aurait été atteint par la nouvelle loi.

On pourrait essayer de dire : pourtant, l'entrée dans cet état personnel nouveau — qui est ici l'entrée dans l'état monastique — n'a été qu'un acte de la libre volonté de l'individu et la liberté sera atteinte si la perte de la fortune et du droit de posséder, ordonnée par la nouvelle loi coercitive, touche aussi les individus entrés dans cet état antérieurement à cette loi ; car si les individus avaient prévu cela, peut-être ne seraient-ils pas entrés dans cet état.

Un seul coup d'œil montre combien cette objection serait injustifiée et combien elle réfuterait peu notre théorie ; on y voit en effet *l'action de la volonté* revendiquée non pas comme la cause *directe* faisant tomber l'individu sous le coup de la nouvelle loi, non pas comme *causa*, mais comme *causa remota*.

La fausseté et l'inexactitude de cette objection se révèlent quand on la considère de plus près ; nous l'avons montré dans les développements donnés aux §§ 7-10 sur l'effet des lois absolues ; nous ne pouvons qu'y renvoyer le lecteur.

L'action immédiate d'une loi prohibitive ou coercitive sur les personnes qui se trouvent déjà au moment de la promulgation de la loi dans un certain état, l'état monastique, par exemple, ne constituerait pas — à cause du

choix de cet état originairement fait par l'intermédiaire d'une volonté libre — un effet rétroactif.

Et, par exemple, des époux qui se sont mariés sous une loi reconnaissant le mariage comme pouvant être dissous peuvent-ils faire passer pour une perte rétroactive de la liberté individuelle le fait que leur mariage soit devenu indissoluble par application d'une nouvelle loi prononçant l'indissolubilité du mariage? Et cependant il pourrait être, en fait, parfaitement possible que quelqu'un ne se fût pas marié, si le mariage avait été à l'époque un lien indissoluble, ou le contraire (1). L'individu acquiert par l'entrée volontaire dans chaque état, régi par le droit des personnes ou par le droit familial, *une seule* qualité, celle d'être

(1) On sera porté à nous faire ici une objection : car il est admis que seules les relations conjugales des époux sont, comme telles, atteintes par un changement de loi, tandis que leurs relations *en matière de fortune* restent absolument et uniquement régies par le contrat de mariage ou, à son défaut, par la loi agissant au temps de la contraction du mariage comme contrat tacite. Ceci est fort exact; mais la raison en est *uniquement dans ce que*, d'après nos législations, la convention qui doit avoir lieu entre les époux au sujet de leurs relations en matière de fortune est chose de la *liberté individuelle* des époux. Mais si un peuple — c'est une supposition plausible — part en quelque sorte de la conception suivante : l'essence morale du mariage réclame pour l'identité qu'il produit avec une nécessité coercitive, une identité et une communauté de la fortune, et si ce peuple, pour cette raison, détermine par une loi la condition des époux et dit qu'il *doit* y avoir entre eux absolue communauté de biens, nous voyons aussitôt que cette loi devrait être appliquée à toutes les unions existant déjà, et en abolissant en même temps toute liberté de contrat pour l'avenir les transformer en communautés par suite de l'abrogation de tous les contrats existants, et cela *à partir du moment où la loi entre en vigueur*. — *C'est alors seulement* que l'exemple est vraiment analogue au cas que nous avons supposé plus haut. En effet, chaque époux a, par application de cette loi coercitive, aliéné en faveur de l'autre la fortune qu'il possédait jusque-là; il en était de même dans la loi coercitive supposée sur les moines, où l'aliénation de la fortune à la communauté du cloître devait être appliquée à ceux aussi qui se trouvaient auparavant *dans cet état*.

époux, moine, etc. Et de même qu'il n'acquiert cette qualité que pour le temps où la loi la reconnaît et qu'il la perd au moment même où l'existence légale vient à être retirée, par une loi prohibitive, à cette qualité de moine, d'époux, etc., de même et à plus forte raison, il possède aussi tous les droits acquis *particuliers, attachés par la loi à cette qualité* ou déclarés compatibles avec cette loi *jusqu'à ce* qu'une loi coercitive les déclare *extra patrimonium,* c'est-à-dire les regarde comme en dehors du pouvoir de la volonté *des individus en général,* ou seulement des individus *appartenant à cet état.* Comme il est saisi des droits, l'individu sera nécessairement et sur-le-champ saisi de tous les *devoirs* que la loi attache d'une façon coercitive à la qualité de moine, d'époux, etc. Il faut donc aussi que, dans le cas précédent, il soit soumis à l'obligation d'aliéner sa fortune à la communauté du cloître. C'est cette aliénation que nous allons examiner maintenant. Nous avons vu aux §§ 7, 9 et 10 qu'un objet de droit et une forme déterminée de propriété — et naturellement aussi une propriété en général — ne peuvent être possédés par l'individu, malgré le fait de l'acquisition, que *tant* qu'une loi prohibitive n'a pas déclaré cet objet légal ou cette sorte de propriété — et nécessairement aussi toute propriété en général — comme étant en dehors de la capacité de posséder des individus, ou, ce qui va de soi, comme étant en dehors de la capacité de posséder des individus *appartenant à un état déterminé.* La substance de tout droit reposant dans son identité avec la conscience publique (cf. plus haut, p. 213 et suiv.), l'individu s'est soumis *par son entrée dans cet état* à tous les changements qu'y produira de façon coercitive le développement futur de cette conscience publique commune ; et il s'est soumis à ces changements possibles de *tous ses droits* (et de tous ses devoirs) *aussi librement,* et même avec une *évidence sensible* de liberté encore plus grande qu'au moment où *il a acquis tous ses droits en général.*

Mais à cause de cette soumission logique de la volonté,

on ne peut objecter que c'est la volonté individuelle agissant comme *causa remota qui a produit l'entrée dans cet état ;* on ne peut prétendre que cette volonté ait été dénaturée ; non plus qu'un étranger naturalisé dans un état n'a le droit d'objecter que telle ou telle loi coercitive ne peut être promulguée, du moins *à son égard,* car *il n'aurait pas pris cette nationalité* s'il avait prévu ce changement de loi — bien qu'en fait le cas puisse parfaitement se produire. Et comme, d'après la conception même de la naturalisation, le fait d'opter pour cette *nationalité* constitue la soumission volontaire à tout ce qui découle de cette conscience publique commune, l'entrée dans un certain *état* constitue une soumission de la même sorte aux obligations qui ressortent de cette conscience publique *pour cet état déterminé.*

Il n'y a qu'un mal : c'est que la Novelle 5, chap. V, d'où nous partions au commencement de cette discussion, n'est pas, au point de vue qui nous occupe, une loi coercitive, bien que des motifs religieux et moraux lui aient donné naissance. Et elle ne l'est pas, car elle n'exclut pas le libre arbitre, quelque grand que soit son désir de voir la fortune échoir au cloître ; mais elle laisse celui qui veut entrer au cloître *absolument libre* de disposer de sa fortune de toute autre façon qui lui plaira, pourvu que ce soit *avant* son entrée. Et puisqu'il en est ainsi, puisque, par conséquent, même pour les individus entrant au cloître après la promulgation de la loi, leur fortune n'échoit au cloître *que par l'intermédiaire* de la libre action de la volonté des individus, par l'acte de *ne pas disposer* préalablement de leur fortune (1), *il ne fallait pas* que cette loi fût appliquée à ceux qui étaient entrés précédemment (2).

(1) Cf. sur les omissions.

(2) Justinien aurait fort bien pu ne pas tenir pour nécessaire de leur laisser d'une façon constante la *capacité* de posséder ; il aurait pu leur accorder un *laps de temps,* pendant lequel ils auraient la possibilité de disposer de la fortune qu'ils avaient possédée jusqu'alors comme les individus qui voulaient entrer seulement à

La Lex 42 C. *de episcopis*, etc. (1, 3) montre au premier coup d'œil combien Justinien même a conscience de la distinction que nous venons de développer. Justinien y exprime l'idée que les archevêques doivent nécessairement mener une vie consacrée à Dieu et mépriser l'argent ; aussi ne doivent être choisis dorénavant pour exercer l'épiscopat que des individus n'ayant ni enfants, ni descendance. C'est pour ces raisons que Justinien prescrit au § 2 que les évêques ne doivent plus avoir le droit de faire un testament disposant de la fortune acquise par eux depuis leur entrée dans l'épiscopat ; ils ne peuvent non plus la donner ni l'aliéner de quelque façon que ce soit. Mais elle appartiendra à l'église épiscopale qui devra la revendiquer. De cette disposition est naturellement exceptée la fortune possédée par les évêques avant leur entrée dans l'épiscopat ou la fortune que, même depuis cette entrée, ils auraient héritée de certains *parents*.

Fallait-il étendre cette loi, comme la précédente, aux seuls individus qui deviendraient évêques *à partir du moment de sa promulgation*, et de même à la *fortune* qu'ils acquerraient *à partir de ce moment ?* Ou fallait-il l'étendre, au contraire de la Novelle 5, chapitre V, à ceux qui étaient évêques *avant* la promulgation de la loi, et aussi à la *fortune* qu'ils avaient acquise *avant* cette promulgation ? La loi est *coercitive*, car elle ne laisse plus à aucun individu la liberté d'acquérir, après son entrée dans l'épiscopat, de la fortune pour lui-même (1). Et précisément à cause de cela, il fallait, d'après la théorie que nous avons développée, que même les individus entrés dans l'épiscopat *avant* la promulgation de la loi fussent immédiatement touchés par la loi, et cela relativement aussi à *la fortune qu'ils auraient ac-*

cette époque ; après l'expiration de ce délai, fortune et capacité de posséder leur auraient été retirées.

(1) Sauf dans le cas d'héritage à des degrés de parenté déterminés par la même loi, qui fait exception et *n'est donc pas en général atteint* par la loi.

quise depuis leur entrée dans l'épiscopat *avant* la promulgation de la loi.

Et c'est précisément ainsi que Justinien règle cette question dans le texte du § 2 : « Qui vero episcopi *vel nunc sunt, vel futuri sunt,* eos sancimus nullo modo habere facultatem testandi vel donandi vel per aliam quamcumque machinationem alienandi quid de rebus suis quas postquam *facti sunt episcopi, obtinuerunt* (1) vel ex testamentis, etc., etc. » Et plus loin : « Quæcumque vero post ordinationem ex quacumque causa, sicut diximus, præterquam et præfatis personis, ad ipsos *pervenerunt* (2) ea jubemus ad sanctissimam ecclesiam cujus episcopatum *tenebant* pertinere, » etc., etc.

Enfin, pour conclure, nous mentionnerons encore une loi de Justinien sur les *adscriptitii*, qui montre clairement, et précisément à cause de la nature dialectique des situations qui y sont considérées et des hésitations de Justinien même produites par ce fait, combien indiscutablement le législateur romain était instinctivement influencé par la notion spéculative que nous avons développée.

Relativement aux esclaves, il existait de tous temps la règle : *Infans ventris statum sequitur*, si bien que l'enfant d'un esclave et d'une femme libre appartenait à la condition de cette dernière. Il n'en était pas de même pour le colonat : l'enfant d'une personne libre et d'une personne appartenant à l'*adscriptitia conditio* suivait toujours l'*adscriptitia fortuna.*

C'est ce que Justinien veut changer et, pour ce faire, il promulgue la loi suivante (3) : « Si qui adscriptitiæ conditionis constituti mulieres liberas quacunque mense aut quacunque machinatione, sive scientibus, sive ignorantibus dominis sibi uxores *conjunxerunt* vel conjunxerint, in

(1) Dans le texte grec : περιουσίας, ἣν μετὰ τὸ γενέσθαι ἐπίσκοποι ἐκτήσαντο κ. τ. λ.

(2) Dans le texte grec : ... πάντα δὲ, ὅσα... εἰς αὐτοὺς περιῆλθη κ. τ. λ.

(3) L. ult. C. *de agricol.*, etc. (11, 47).

sua libertate permanere tam eas *quam prolem quæ ex his cognoscitur procreata*, sancimus ; illo procul dubio observando, ut, si ex libero marito et adscriptitia uxore partus fuerit editus, is maternæ conditionis maculam et non paternam sequatur libertatem. »

Il faut donc maintenant que les enfants d'un mari de condition telle et d'une femme libre soient affranchis de l'*adscriptitia conditio*.

Fallait-il alors, en vertu de l'idée du droit, appliquer cette loi aux enfants de cette catégorie qui étaient déjà nés, ou seulement aux enfants à naître ? Il semble tout d'abord qu'elle n'atteigne pas les ayants-droit par l'intermédiaire d'une action de leur volonté individuelle, et, par conséquent, il semble qu'elle soit applicable à tous les enfants déjà existants. En effet, la loi ne distingue pas si le mariage a été conclu *dominis scientibus* ou *ignorantibus*. Elle considère donc l'affranchissement de l'*adscriptitia conditio* uniquement comme une conséquence du fait d'être né d'une mère indépendante. Le fait de cette descendance se présentant comme une qualité naturelle de l'enfant, indépendante de l'acte de la volonté des maîtres, il semble que la loi ne dénaturant par son application immédiate aucun acte de volonté doive s'appliquer aussitôt à tous les enfants se trouvant dans une telle condition, d'autant plus qu'elle semble se résoudre en une loi prohibitive de contenu suivant : les enfants de cette descendance ne peuvent être attachés à la glèbe.

Et c'est aussi le premier avis de Justinien. Les mots : « si qui... sibi uxores *conjunxerunt* vel conjunxerint, in sua libertate permanere tam eas quam prolem quæ ex his *cognoscitur procreata* », ne peuvent, dans leur exactitude grammaticale, laisser place au moindre doute à ce sujet, et il faudrait que la loi touchât aussi les enfants déjà nés des mariages de cette sorte.

Mais une circonstance particulière se fit jour par cette loi et obligea à y revenir encore une fois.

Par la dialectique naturelle de l'âge, les enfants de-

viennent jeunes hommes, hommes faits, vieillards ; et cependant ils restent toujours les enfants de leurs parents. Fallait-il appliquer cette loi aux enfants, actuellement hommes ou vieillards, d'un père adscrit et d'une mère indépendante ? Ce fut cette question qui força Justinien à revenir encore une fois sur cette loi dans la Novelle 54. Il nous apprend dans l'introduction que dans une de ses Constitutions, qui pourtant n'avait rien d'obscur, quelques-uns avaient à dessein apporté une obscurité, car : « Quidam autem adeo stulte vel dolose legem interpretari ausi sunt, ut, etsi quidam ante constitutionem *nati* fuerint, *et licet admodum senes sint*, eos liberari putent *tanquam modo natos et qui non longe legem præcesserint*, etc. » ; il avait donc exprimé à nouveau sa pensée là-dessus ; et sa volonté avait été que les enfants, même issus de *mariages conclus avant la promulgation de la loi*, fussent libérés, mais à cette seule condition que la *naissance* des enfants se fût produite *après* la promulgation de la loi.

Ce que ce renseignement nous apprend d'intéressant, c'est d'abord qu'il y avait vraiment alors des juristes romains persuadés qu'il fallait appliquer la loi énergiquement et regarder comme délivrés et sortis de la condition du colonat même des hommes et des vieillards d'une telle extraction. Nous voyons ensuite assez clairement que Justinien même n'aurait pas eu grand'chose à objecter contre l'application de la loi aux *enfants* nés *seulement* peu de temps avant la promulgation de la loi (les *modo nati*). La seule application de la loi aux *hommes déjà faits* — licet admodum senes sint — le choquait particulièrement. Mais la difficulté de la délimitation le conduisit naturellement à une solution de principe. Et Justinien l'indique en disant que seul le mariage, et non la naissance des enfants, antérieur à la promulgation de la loi, conférait l'affranchissement.

Est-ce que cette décision est juste ? Oui ; nous allons le prouver plus loin. Naturellement, il ne nous vient aucunement à l'idée de prétendre que les raisons compliquées de cette question embrouillée eussent été présentes dans la

conscience de Justinien sous la forme où nous allons les donner. Ce qui le déterminait, c'était probablement le dommage, qu'il est impossible de ne pas apercevoir, apporté à la fortune de l'ayant-droit par cette autre interprétation, et à ce point de vue même étaient précisément et instinctivement actifs les motifs, immédiatement présents sans doute au sentiment du droit, mais qui ne deviennent conscients d'eux-mêmes avec une parfaite vérité que dans la réflexion logique.

Le colonat relève des rapports de *droit familial*; il en est même une extension artificielle (1).

Et, par conséquent, il est juste de dire que la *qualité adscriptice* de ces enfants par rapport aux *domini* constitue, puisqu'elle est conditionnée par le droit familial (voir plus haut, § 2, A) un droit *acquis*, et qui n'est pas donné *lege sola*. Le rapport entre les enfants, produits de la naissance, et les *domini* doit être considéré, des deux côtés, comme s'il avait été produit entre eux par un acte de volonté individuel.

Ceci suffirait bien à justifier la décision de Justinien, mais seulement si la loi en question n'était pas *prohibitive*, comme nous l'avons vu au § 7 et, de plus, à propos des lois qui affranchissaient de la puissance paternelle les fils de certaine condition (consuls, etc.).

Maintenant, il est vrai que la loi n'est pas prohibitive, si on la prend dans sa plus grande extension qui serait d'abolir le servage en général et qui mettrait donc les hommes en dehors de la sphère de la propriété individuelle.

Mais il est bien plus juste de dire que l'*adscriptitia conditio* peut exister après comme avant et être acquise par les *domini* pour être appliquée aux enfants des personnes de cette condition.

Mais, si la loi n'abolit pas la faculté d'acquérir le servage en général, elle abolit pourtant la faculté de réduire en ser–

(1) SAVIGNY, *System*, I, 360 et suiv.; BÖCKING, *Introduction aux Pandectes*, etc., I, 222.

vitude *tels ou tels enfants qualifiés pour cela*, c'est-à-dire les enfants d'une mère libre. *Il y a donc dans ce fait prohibition* par rapport aux enfants de *cette extraction*, et la loi est prohibitive; c'est même dans ce cas une loi prohibitive de la première classe (voir p. 266 et suiv.) puisqu'elle déclare qu'on ne peut plus acquérir le droit de réduire en servitude des enfants de *cette catégorie*. Et, par suite, la loi aurait dû être appliquée à tous les enfants de cette classe se trouvant, avant la promulgation de la loi, dans la condition de servage.

Celui qui considère uniquement la loi dont nous parlons est certainement de cet avis. Mais cette opinion se détruit d'elle-même si l'on considère attentivement et en général la relation juridique du colonat.

Cette critique serait en effet très juste si la situation d'une personne du colonat ne pouvait résulter *que de la naissance* (comme pour les *originarii*). A partir du moment de la promulgation de la loi, on n'aurait pu acquérir le droit de réduire en servitude les enfants de *cette classe déterminée ;* le servage serait, par conséquent, tombé hors de la puissance de la volonté individuelle, hors de la sphère de possession, et la loi aurait dû, précisément à cause de cela, comme il est dit au § 7, être appliquée aux enfants de cette catégorie déjà nés.

Seulement, le colonat pouvait ne pas résulter seulement de la naissance ; la prescription, et, par suite d'une loi de Valentinien III, un *contrat* passé par des *personnes libres* pouvaient la produire (1).

Rien n'était changé à cela. Il n'était donc *pas absolument* défendu désormais au fils d'une *mère libre* ou à l'enfant de *parents libres* d'entrer en servage. Ce droit pouvait toujours être acquis valablement *par un acte de volonté individuelle.* Mais puisque, si l'on a égard à la nature du droit familial,

(1) Cf. dans les mémoires de la section d'histoire et de philologie de l'Académie des sciences de Berlin pour les années 1822 et 1823, le traité de Savigny sur le colonat romain, page 5 et suiv.

les rapports de cette sorte résultant de la naissance devaient être *également* regardés comme fondés par un acte de la volonté individuelle, rien ne pouvait influer sur eux. — En d'autres termes : La loi ne se comporte prohibitivement qu'à l'égard d'*une condition déterminée*, où le droit de servage pouvait être acquis, relativement à la condition de *cette action de la volonté représentative*, qui réside pour l'enfant dans le fait de sa naissance ; mais *elle ne se comporte pas* prohibitivement à l'égard des *autres* conditions qui permettent à une personne d'acquérir ce droit sur des hommes de la même extraction qu'elle, savoir : la prescription ou un contrat. Ce n'était, par conséquent, qu'une loi prohibitive de la seconde classe d'entre celles que nous avons distinguées p. 266 et suiv. ; elle ne pouvait donc pas agir sur les rapports de droit déjà existants.

B

Nous avons montré plus haut, p. 86 et suiv., à l'encontre de Savigny, que la capacité civile obtenue à l'âge naturel de la majorité n'était pas un droit acquis, et que, par conséquent, une nouvelle loi exigeant pour la majorité un âge plus élevé, fait redevenir mineurs les individus qui étaient déjà, par leur âge et d'après la loi existante, pourvus de la majorité.

Nous voulons encore ajouter ici quelques mots seulement : l'opinion adoptée par Savigny, qui croit que la majorité une fois survenue ne peut plus être retirée par une nouvelle loi, est tellement en contradiction avec sa propre théorie sur l'état de la personne en soi qu'elle a déjà été abandonnée, à cause de cela, par des juristes distingués, comme Daniels (*Lehrbuch*, I, 156) et Hiersemenzel (*Ergänzungen zum Allg. Landrecht*, I, 47).

Il faut encore faire remarquer que notre façon de trancher la question est en complet accord avec l'ancienne jurisprudence et que, dans le cas de non-concordance des lois *locales*, les lois du domicile actuel, et non celles de l'ancien,

décident de la majorité (1). C'est la décision de Voët (*Comm. in Pandect.* tit. *de minoribus*, n° 10; cf. tit. *de judiciis*, n° 101), Rodenburg (*De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, pars II, tit. II), Burgundus (professeur de droit à Ingolstadt, dans son *Tractatus ad consuetudines Flandriæ*, tract. II, n° 7, etc.), Lauterbach (dans sa thèse *De domicilio*, disp. 70, n° 69) (2), etc.

Enfin c'est la jurisprudence constante de la Cour de cassation française.

II. — Jura in re.

A. — Droit de fermage.

Une question concernant le droit de louage et de fermage a provoqué une controverse très vive.

Le droit romain ne connaît, en dehors de la propriété, qu'un très petit nombre de droits réels, et, en droit romain, le droit de louage et de fermage n'est, comme on le sait, qu'un droit personnel du locataire. — Dans le *Code prussien* au contraire, tout droit d'usage personnel en soi devient réel si la possession de la chose est concédée à l'usufruitier. Le droit des fermiers et locataires entrés en possession de la chose est donc ici un droit réel.

Une question se pose alors. Si le droit commun est introduit pendant le cours d'un bail conclu sous le droit romain, le droit des fermiers se trouvant en possession de la chose devient-il, par cela même, un droit réel ? En d'autres termes : la *l.* 9. C. *de locat. et cond.* (4, 65) continue-t-elle

(1) Cf. plus haut, § 13.

(2) « ... Si quis 21 annis major ex foro Saxonico transtulisset domicilium in forum Würtembergicum (où l'on n'était majeur qu'à 25 ans), quamvis ibi major fuerit (in foro enim Saxonico majores dicuntur qui vigesimum primum ætatis annum impleverunt), et omnium majorum jura habuerit, hic tamen esset minor, et juribus minorum uti teneretur, ita ut sine curatoris consensu sese contrahendo obligare non posset. »

à régir les baux déjà conclus, ou si c'est la règle : achat rompt louage ?

Savigny (VIII, 424 et suiv. et 441 et suiv.) résout cette question par l'affirmative, pour la raison que « la question relève, à cause du droit réel du locataire, des règles qui ont rapport à l'acquisition des droits et, par conséquent, on peut appliquer dans son domaine le principe excluant la force rétroactive des lois ». Seulement, la faiblesse de cette raison est évidente. Et déjà Bornemann (*loco citato*, p. 34) objecte que, d'après la propre théorie de Savigny, la question de savoir si le rapport de louage doit être un droit personnel ou un droit réel, par suite, si la règle : achat rompt louage, vaut ou non, relève des lois ayant rapport non pas à l'acquisition des droits, mais à la *nature* du droit acquis, et, par conséquent, aux lois sur l'*existence* des droits, qui, précisément d'après la théorie de Savigny, doivent avoir un effet rétroactif.

Nous voyons ici en pleine lumière et pour la seconde fois, car nous l'avions déjà montrée (cf. plus haut p. 393 et suiv.) la nature indécise de ces concepts abstraits, qui débordent l'un sur l'autre. Si l'on se place au point de vue du fermier concluant un bail, la question de savoir s'il acquerra un droit personnel ou un droit réel, s'il acquerra sur la chose un droit d'usage révocable en certains cas, ou irrévocable pour toute la durée du contrat, relève pour lui, et de façon tout à fait absolue, de l'*acquisition* des droits qu'il réclame par le bail.

Si, au contraire, on se place au point de vue du système de législation, il est absolument juste que la division des droits en droits personnels et en droits réels, et que la disposition organisatrice qui attribue aux uns la qualité de droits personnels et aux autres celle de droits réels, relève complètement des lois sur l'*existence* des droits.

On voit donc que ces catégories tout apparentes, qui se jettent et se renvoient l'une à l'autre l'entendement, incapable, par sa nature, de s'en rendre maître, ne peuvent contenir le principe de la décision, puisqu'elles n'ont pas

leur concept même en elles ; l'on s'aperçoit que, dans le cas présent, la question aurait dû, d'après la théorie même de Savigny, être tranchée dans un tout autre sens, et que, par suite du changement de loi, la nature réelle du droit de louage survient et qu'enfin la règle : achat rompt louage, perd sa valeur pour les baux déjà existants.

En effet, Bornemann est de cet avis. Mais, puisqu'il rejette l'ensemble de la théorie de Savigny, il ne veut pas tenir cette opinion pour justifiée par la raison qu'il s'agit d'une loi sur l'existence des droits, et il la fonde, d'accord avec Göschel (1), de la façon suivante (*loco citato*, p. 32-35) : Le principe : achat rompt louage, ne donne pas, selon lui, au loueur, mais seulement à l'acheteur le droit de déposséder le locataire ; et cela non pas par suite du contrat de louage, qui est plutôt, en l'absence de disposition expresse, en faveur du locataire, mais parce que le locataire, d'après la loi existante, ne possède qu'un droit personnel ne liant pas l'acheteur. Les droits réciproques et conformes aux conventions de loueur et locataire ne sont pas atteints par ce principe, et seuls, les rapports du locataire avec une tierce personne sont changés. Ces tierces personnes — les acheteurs — ne trouveraient — si l'achat n'avait lieu qu'après le changement de loi — aucun droit à acquérir. Et même si l'achat avait eu lieu avant le changement de loi, ils n'auraient perdu par ce changement de loi — à moins d'avoir fait auparavant valoir judiciairement ou extra-judiciairement leurs revendications sur l'évacuation des lieux occupés par le locataire — qu'une faculté légale abstraite (1) et non un droit acquis.

(1) Dans la revue de Simon et Strampff, II, 25. — HOLZSCHUHER, *Théorie*, I, 37, est d'accord avec Savigny.

(2) Cette dernière opinion — nous faisons ici abstraction de la réfutation — qui va suivre — de toute l'argumentation, — est tout particulièrement remarquable. Il faudrait donc croire que, si l'on fait un contrat d'achat, les droits que ce contrat ou la loi existante attache à cette action d'acheter deviennent acquis, et par conséquent se transforment en droits acquis ! Si cela est incontestable, l'inexacti-

Il faut remarquer d'abord que cette argumentation cherche à détourner la question qui est vraiment en jeu ici. Car, supposons un instant que ces motifs soient exacts; nous voyons qu'ils ne conviennent plus au cas contraire, cas où le droit romain succéderait au droit prussien et la nature réelle du droit de fermage à sa nature personnelle. Bornemann va-t-il contester que la nature réelle de ce droit, c'est-à-dire la règle : achat ne rompt pas louage, est un droit acquis dont le fermier est saisi, même quand le contrat de fermage ne la contient pas expressément?

Il est impossible de contester qu'ici la réalité du droit ici admis soit un « rapport de droit entre le loueur et le locataire » et que l'impossibilité de donner à un acheteur le droit de déposséder le locataire ne relève du rapport juridique conclu entre loueur et locataire. Par suite, Bornemann serait amené à décider sur cette question, qu'il évite de se poser, que la réalité de son droit et, par suite, la protection de la règle : achat ne rompt pas louage, est acquise au locataire pour la durée du contrat. Mais ensuite, en remarquant l'identité logique interne de ces deux cas, on trouverait incompréhensible et choquant au suprême degré de voir, lors d'un changement de loi dans une direction, le droit personnel du fermier devenir réel, et lors d'un changement de loi dans la direction contraire, le droit réel du fermier *ne pas* devenir personnel.

Il est facile, en attendant, de prouver l'inexactitude des motifs de Bornemann et de Göschel.

Il est juste de dire que le principe : achat rompt louage, ne donne pas au loueur, mais seulement à l'acheteur, le droit de déposséder le locataire. Mais *il est complètement faux* d'en tirer la conclusion que cette règle ne donne *aucun* droit au loueur. Car elle lui donne précisément le droit

tude de l'opinion de Bornemann se montre suffisamment par là; elle ne pourrait valoir que pour le cas où l'achat aurait eu lieu *après*, et non *avant* le changement de loi. Cette dernière opinion a été d'ailleurs avancée par la cour d'appel de Dijon, dans un jugement du 29 prairial, an XIII.

d'armer de ce droit l'acheteur. Elle lui *réserve* le droit de donner immédiatement à l'acheteur le *droit d'usage direct* en même temps que la propriété quand même il a renoncé également *pour lui-même* et pour un temps déterminé à la forme directe de ce droit d'usage. Ce droit déterminé, que le loueur *s'est réservé*, est absolument un droit qui le touche lui-même, de même que ce fait de savoir si le vendeur est en état de mettre aussitôt l'acheteur en possession de la chose peut aussi exercer *realiter* dans l'action de la vente une grande influence sur le prix d'achat ; et que, d'un autre côté, ce fait de savoir si le bail peut être rompu ou non en n'importe quel temps par un événement fortuit a un effet tout aussi important dans la détermination du prix du fermage. Il arrive ici, comme toujours, que ce qui est faux en théorie ne rend pas compte non plus de la pratique de la vie commune.

S'il est donc établi que ce droit est un rapport de droit existant entre le loueur et le locataire, toutes les conclusions de Bornemann tombent d'elles-mêmes. Ce n'est pas uniquement par la loi que la tierce personne, l'acheteur, est saisi de cette faculté ; il *l'acquiert du vendeur* comme un droit que celui-ci s'est réservé par le contrat de louage et il l'acquiert par conséquent aussi bien *après* qu'*avant* l'abrogation de la loi qui lui attribuait cette faculté. Que le loueur se soit réservé ce droit dans le contrat *expressément* ou *tacitement*, l'effet reste le même d'après la théorie reconnue du droit, qui veut que, dans les contrats, les dispositions légales en vigueur à l'époque du contrat sur les points qui ne sont pas soumis à une stipulation expresse ont la valeur d'une convention volontaire des parties, et d'après la règle de droit romain reconnue par toutes les législations : *Eadem vis inest tacitis et expressis*. Vouloir nier cette loi dans le cas présent aurait un effet déplorable. Car il est inadmissible que dans une location le possesseur et le locataire *n'aient pas eu une volonté quelconque*. D'ailleurs ce droit est réservé au loueur par ce seul fait qu'il *n'en a pas fait abandon*.

Le locataire ne peut pourtant pas avoir sur la chose des droits autres que ceux qu'il a acquis du *possesseur* soit expressément, soit tacitement. Même si le contrat ou la règle juridique ne spécifie pas qu'achat rompt louage, le loueur ne s'est dessaisi de ce droit ni *expressément*, ni *tacitement* : ce droit est donc par cela même une conséquence qu'il s'est réservée de son droit de propriété.

La démonstration de Bornemann est donc aussi peu exacte que celle de Savigny.

Weber (1) arrive au même résultat que Bornemann par la raison générale absolument insoutenable et rejetée déjà depuis longtemps que le contrat de louage n'est pas nul en soi, mais qu'il devient nul par suite d'une plainte de l'acheteur.

Si maintenant l'on demande quelle est la vérité, elle est très simple et très facile à définir, et il faut pour la montrer moins de souffle que pour réfuter les mauvaises raisons de la critique.

Une loi qui abolit la règle : achat rompt louage (ou qui, au contraire, l'introduit), atteindrait, si on l'appliquait aux contrats de louage déjà existants, les ayants droit par l'intermédiaire d'un acte de leur volonté individuelle — le contrat de louage. Cette application dénaturerait dans les deux cas, pour le loueur et pour le locataire, un acte de volonté individuelle et empiéterait sur des droits acquis. Or, des droits acquis ne cèdent qu'à des lois *prohibitives* (§ 7). Toute la question se réduit donc à ceci : la règle : achat rompt louage (ou : ne rompt pas louage), est-elle une loi *prohibitive*, c'est-à-dire aurait-elle le pouvoir — même alors qu'elle est une conséquence de la personnalité ou de la réalité du droit de louage, — d'empêcher les parties de *stipuler expressément* dans le contrat que le locataire ne pourra pas, même en cas de vente, être mis dans la situation de devoir abandonner ce qu'il a loué ? Evidemment les parties ne pourraient se trouver empêchées, même sous la

(1) *Loco citato*, p. 117-121.

nouvelle loi, de faire une telle stipulation expresse. Elle ne serait même pas interdite, là où la règle : achat rompt louage, n'est pas une disposition isolée, mais une conséquence de la personnalité du droit, et où, par suite, la faculté de renvoyer le locataire est une conséquence péremptoire du droit de propriété. Car il n'a jamais été défendu de séparer pour un temps déterminé la propriété et le droit d'usage de façon que l'une ne puisse être réclamée avec l'autre. Le Code Napoléon peut nous servir à prouver que la loi dont nous parlons n'est qu'une loi médiatrice dont le libre arbitre peut s'écarter. L'article 1743 dit en effet : « Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur *ne peut* expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit *réservé ce droit par le contrat de bail.* »

La règle achat ne rompt pas louage est donc ici présentée comme la règle légale ; mais il est en même temps expressément reconnu à la volonté privée de stipuler le contraire.

On ne peut vouloir fonder cette disposition sur l'incertitude de savoir si le droit de louage, si discuté par les auteurs français, est, d'après le Code civil, un droit personnel ou un droit réel. Car la meilleure preuve du caractère *non* prohibitif de la règle achat rompt louage nous est fournie par une loi romaine, la *Lex emtori* elle-même (1) : « Emtori quidem fundi necesse non est, stare colonam cui prior dominus locavit, *nisi ea lege emit.* »

Comme cette règle (et même la règle contraire) pourrait être convenue entre les parties par une stipulation expresse du contrat, même après son abolition légale, elle a sur les relations de louage qui, existant déjà avant qu'elle eût valeur légale, cessent d'exister quand elle a force de loi, l'effet d'une convention tacite de la volonté des parties.

1) L. IX, C. *de locat. et cond.* (4, 65).

B. — Fidéicommis de famille en droit allemand.

Nous avons déjà, dans la partie théorique (page 230 et suiv., 233 et suiv., 373 et suiv.), considéré attentivement de temps en temps la question de savoir ce qu'il adviendrait, conformément à l'idée de droit, des biens fidéicommissaires, si l'on abolissait les fidéicommis. Nous avons considéré les lois de la Convention sur ce sujet, et ce que nous en avons dit jusqu'ici pouvait faire supposer que nous en admettions la décision qui était de transformer les anciens fidéicommis en *propriété libre aux mains de leurs possesseurs actuels.*

Nous ne pouvions pousser plus loin nos recherches sans embrouiller notre théorie par l'étude approfondie d'institutions spéciales.

Ce que nous avons dit n'avait qu'une signification *négative* et nous voulions seulement montrer *qu'en aucun cas* les héritiers présomptifs, même du degré le plus proche, ne pourraient exiger que la substitution fidéicommissaire continuât d'exister, et qu'ils ne pourraient jamais en faire regarder l'abolition comme portant atteinte aux droits acquis.

La question réelle, la seule qu'il y ait maintenant à discuter est celle-ci : Les fidéicommis doivent-ils ou même peuvent-ils être propriété libre à la disposition du possesseur actuel? Ou ne doivent-ils pas plutôt, comme *une propriété dont on hériterait seulement à ce moment*, être partagés entre le possesseur actuel et les membres de la famille de l'auteur du fidéicommis et *de la même branche que lui* (1), qui, d'après le droit commun régissant les successions dans le pays, et au même degré, *ont droit à l'héritage*?

Le seul fait de poser cette seconde question peut sem-

(1) Sur cette restriction « de la même branche » voir à la fin de ce développement le cas des *heredes regredientes*.

bler paradoxal au plus haut point, parce qu'il suffit à contredire toutes les traditions reçues ! Et l'on verra néanmoins, en étudiant le sujet avec plus de soin, que notre façon de voir n'est sujette à aucun doute et qu'il faut l'affirmer de la façon la plus absolue !

Et d'abord on peut admettre comme d'une absolue certitude que la solution de cette question dépend entièrement de la réponse qu'on fera à cette seconde question : Faut-il regarder le possesseur d'un fidéicommis comme le *propriétaire* réel, bien que soumis à certaines charges, du fidéicommis, ou comme le simple usufruitier d'une propriété qui appartient au fond à toute la descendance de l'auteur du fidéicommis ?

Si le dépositaire du fidéicommis est un possesseur soumis à certaines charges, il est clair que les lois françaises, sur l'abolition des fidéicommis sont dans l'ordre et tout à fait légitimes.

Le dépositaire du fidéicommis était alors, *avant* la loi, *possesseur* de sa substance, mais avec des restrictions ; il est maintenant, puisque ces restrictions disparaissent par suite d'une loi prohibitive, nécessairement et de lui-même *possesseur sans aucune restriction*. Rien n'est plus simple et moins sujet à caution.

Mais rien n'est plus clair aussi que l'impossibilité de cette pratique, si le sujet actuel et le vrai possesseur de la substance du fidéicommis est la *descendance entière* de l'auteur de ce fidéicommis ; car le *droit de succession* de cette descendance ne remonte pas au dernier possesseur, mais toujours au fondateur primitif du fidéicommis ; il ne peut être vivifié et on n'en peut faire usage que dans l'*ordre de succession* que ce fondateur a prescrit ; et précisément parce que la propriété est donnée à sa descendance *entière in perpetuum*, chaque personne qui se trouve en faire usage à son tour ne doit être saisie que de la propriété de l'*usufruit* et non de la substance.

Sinon, d'après le même principe, existant au fond des lois françaises, qui veut que la possession du fidéicommis

devienne, par l'abolition de la restriction fidéicommissaire, propriété *libre de toutes charges* aux mains de son possesseur *actuel*, on pourrait parfaitement exiger qu'il devînt *la propriété libre de toutes charges de la famille*, qui est le *véritable* propriétaire, *liée* par l'ordre de succession du fidéicommis. Ou bien — et ceci n'est qu'une expression différente qui fait plus nettement ressortir le fond juridique — : on pourrait exiger qu'il devînt la propriété *libre de toutes charges* de la famille *perpétuelle* à qui l'auteur du fidéicommis a légué originairement la possession de la substance de ce fidéicommis ; famille *représentée par tous ceux qui seraient alors légalement les supports* de ce concept de famille perpétuelle et qui se trouveraient par rapport aux droits de succession aussi proches parents de l'auteur du fidéicommis que son possesseur.

L'abolition du fidéicommis détruit précisément *ce fait* que la propriété puisse être transmise aux générations futures de la descendance familiale *perpétuelle*. Mais puisque la prohibition *ne peut dépasser* la limite de la conscience juridique prohibitive (§ 7), la propriété de la famille *perpétuelle* qui, n'étant pas encore née, ne peut avoir *acquis* aucun droit, se réduit à la propriété de la *famille actuelle*.

Faire à ce sujet des dispositions *autres*, c'est, comme nous allons bientôt le voir, *établir une rétroactivité réelle pour éviter une rétroactivité apparente !* L'*ordre* de succession, qui n'était déterminé par l'auteur du fidéicommis que pour la *protection du droit de succession* à la famille perpétuelle future, tombe *de lui-même* en même temps que ce droit. Cela n'avait d'ailleurs rien à voir avec la propriété de la substance : c'était un simple précepte sur l'*entrée en possession* de la *propriété inaliénable de la famille*, c'est-à-dire un précepte sur l'entrée en la *jouissance* de cette propriété. C'est un *ordre de jouissance* au sujet de la propriété léguée à la *famille* ; et il disparaît naturellement par l'abolition du droit de propriété que possédaient les descendants *futurs*, abolition qui implique nécessairement

(même d'après la loi française) l'*abolition de la disjonction* du droit d'usage et du droit de propriété. Ou bien le fidéicommis, jusque-là propriété du *concept* de famille, est maintenant la propriété de la *réalité vivante* de la famille, munie, dans la personne de ses représentants, de la *capacité juridique* et de la *capacité de posséder*.

En d'autres termes, et pour montrer l'accord absolu avec la solution de principe, que nous avons donnée au § 7, des difficultés qui s'élèvent à propos des lois prohibitives : Tout fidéicommis *se résout en un acte* (voir page 247 et suiv.) *qui veut* que le *droit de succession*, et par conséquent la propriété de la substance (en tenant compte de l'*ordre de succession* prescrit pour cela) appartenant à la famille *perpétuelle*, appartienne à la *famille actuelle*, sitôt que la transmission aux générations non encore nées demeurerait sans effet du fait d'une loi prohibitive qui cesserait de regarder cette disposition comme une faculté appartenant à l'auteur du fidéicommis, en vertu de son droit de propriété (voir page 272 et 274, note 2).

Mais il est impossible que l'auteur d'un fidéicommis ait jamais pensé à l'un quelconque de ses successeurs pris *isolément* à son tour ; jamais il ne lui est venu à l'idée d'attribuer précisément à l'un d'eux la possession libre, même *éventuellement*, comme le montre suffisamment le caractère distinctif reconnu de ces fondations qui ont pour but « la conservation de la *famille* (1) » ou le maintien « de l'*éclat de la famille* » ou « de *la lignée et du nom* ». On ne pourrait donc jamais — et l'art de l'interprétation légale et de l'interprétation de fait y seront également impuissants — interpréter *ceci* comme la *volonté éventuelle* de fait ou

(1) Voir par exemple l'ouvrage capital de Philippe Knipschildt (Ulm, 1661) dont le titre est déjà une définition : « De fideicommissis familiarium nobilium *sive de bonis quæ pro familiarium nobilium conservatione constituuntur* » et dans ce livre page 11, n° 13 : « Les Allemands appellent biens patrimoniaux ceux qui sont créés pour le maintien d'une famille et d'un nom noble de princes, comtes ou barons. »

légalement nécessaire de l'auteur du fidéicommis ; et voilà déjà pourquoi la transformation des fidéicommis en propriété libre à la disposition du possesseur dénature absolument une action individuelle (l'acte de fondation du fidéicommis) et présente par conséquent indéniablement une rétroactivité (§ 1 et 7).

Cet effet rétroactif ressort clairement de tous les côtés. Si le possesseur actuel du fidéicommis n'est pas le propriétaire de la chose, ce n'est pas sa propriété restreinte que la transformation du fidéicommis en propriété libre de toutes charges change en une propriété sans restriction, c'est *la propriété même qui lui est transmise par la loi* et *seulement* à partir de ce moment. Comment la loi *arrive-t-elle* donc à la lui transmettre ? Il est traité comme si *déjà autrefois*, alors que s'ouvrait pour lui, par la mort du dernier possesseur, l'héritage du fidéicommis, il avait hérité de ce dernier la propriété pleine et entière. Seulement la loi *actuelle* ne peut pas, *sans produire un effet rétroactif*, changer des faits accomplis auparavant et faire qu'il ait *autrefois* hérité de la propriété de la substance, alors qu'à cette époque il ne faisait *que prendre sa place dans l'ordre de jouissance*. En vérité, la loi ne *peut* pas le considérer comme ayant hérité quoi que ce soit du *dernier possesseur*. Car c'est le caractère distinctif, universellement reconnu de cette institution, que l'on n'hérite jamais du dernier possesseur, mais seulement et toujours de l'auteur du fidéicommis — *ex pacto et providentia majorum* —. Il faut donc que la loi le traite comme quelqu'un qui *hérite seulement maintenant de la propriété libre de l'auteur du fidéicommis*, puisque maintenant l'ordre de succession qui restreignait jusqu'ici sa propriété est aboli par suite de l'abrogation de la loi. Mais si la loi exprime l'*abolition* de cet ordre de succession par quoi s'est précisément *ouvert au possesseur* le droit d'hériter de la propriété libre de toutes charges, comment peut-elle *exclure* du même coup, et en raison de l'ordre de succession qu'elle a aboli, le droit successoral des autres descen-

dants de l'auteur du fidéicommis *qualifiés pour hériter au même degré*, et porter ainsi atteinte à leur droit de propriété et à leurs revendications d'un héritage qu'elle ouvre elle-même ?

Mais la loi ne lèse pas seulement les droits de propriété qu'elle vient d'ouvrir elle-même, elle atteint encore, produisant une rétroactivité, les droits que la famille avait *déjà acquis antérieurement*. Et il est clair qu'elle ne peut pas ne pas y porter atteinte, si elle transmet au possesseur actuel un droit de propriété résidant dans la famille. Le cas des agnats le fait aussi ressortir clairement. Rien ne repose sur des raisons plus embrouillées que la formule courante prétendant que les revendications des agnats sont uniquement des *expectatives* qui ne se réalisent que sous certaines conditions de fait, comme par exemple la mort des chefs de file. Mais celui aussi qui a acquis, par un contrat (successoral par exemple), un droit conditionnel, dépend pour la réalisation de ce droit de l'arrivée matérielle d'un événement, et il faudrait donc dire — ce qui ne viendra à l'idée de personne — que même un contrat *pendente conditione* donne simplement une expectative au lieu d'un droit irrévocablement acquis. On ne peut appeler expectatives, juridiquement parlant, que des revendications toujours librement révocables *in jure*, comme par exemple les revendications à faire valoir sur un testament. La mort de l'auteur du fidéicommis, d'une part, et la naissance de l'expectant autorisé, d'autre part, créent un *nexus* juridique irrévocable en droit, et le fait que ce droit dépende d'un événement matériel déterminé en fait un contrat conditionnel et jamais une expectative.

Le droit des héritiers présomptifs est donc aussi bien un *jus quæsitum* que celui du possesseur ; il est de *par sa qualité absolument sur la même ligne que lui*. La transmission exclusive du droit de propriété au possesseur porte donc une atteinte illégale à ce droit de propriété, conditionné en fait, que les agnats avaient acquis antérieurement.

On croira peut-être pouvoir se servir, pour réfuter cet argument des développements du § 7 et pouvoir répondre : les droits acquis mêmes le cèdent *légalement* à une loi prohibitive, comme n'étant acquis que *jusqu'au moment de la promulgation de la loi*. Mais en vain. Car ils ne le cèdent à la loi prohibitive, comme nous l'avons montré alors, qu'au seul cas où la nouvelle loi les déclarerait situés en dehors de la puissance de la volonté individuelle et de la sphère de possession individuelle (*extra nostrum patrimonium*) (page et suiv.) Le droit donné aux héritiers présomptifs par l'ordre de succession institué par le fidéicommis et qu'ils acquièrent par leur naissance, ce droit d'entrer en la jouissance exclusive du fidéicommis selon l'ordre de primogéniture ne céderait donc légalement à une loi prohibitive — et cela *sans* aucune rétroactivité — que si le nouveau sentiment du droit, la nouvelle loi, déclarait que le droit de primogéniture donné par l'ordre de succession est détruit et est *hors* de la propriété de droit privé (par quoi les prétentions des agnats à l'héritage, liées par un ordre de succession, *deviendraient libres*). Mais la loi, en maintenant ce droit de primogéniture encore *en vigueur par rapport au possesseur* et en le laissant encore subsister comme objet de possession légale, ferait de l'abolition de ce droit, par rapport *aux héritiers présomptifs vivants*, une extorsion de leurs droits d'une nature particulièrement rétroactive.

C'est indubitablement le sentiment obscur de ce fait qui a causé, à propos de l'abolition des fidéicommis, tant de difficultés et d'hésitations à tant de juristes excellents, comme Savigny, Merlin, etc. (voir page 230 et suiv., 233 et suiv.). On ne peut nier que la loi française ne se soit rendue coupable d'une rétroactivité complète à cet égard, précisément *parce que*, n'ayant pas résolu la question au point de vue théorique, *elle n'a pas poussé l'abolition* ASSEZ LOIN ! Si elle est poussée aussi loin que l'idée du droit l'exige, il ne peut plus être question de rétroactivité et d'atteinte portée aux droits acquis ; les développements du

§ 7 le prouvent de façon irréfutable ; et précisément alors les droits existants des membres de la famille *sont sauvegardés légalement* aussi bien que ceux du possesseur.

Comment une loi peut *précisément* devenir rétroactive *par le fait* qu'elle *ne va pas assez loin* dans la réalisation du nouveau sentiment du droit, comment ce résultat étonnant et pourtant indéniable est amené, nous allons le voir encore plus à fond dans la suite de notre examen de cette matière.

Supposons qu'une loi veuille, par suite de ce que nous venons de discuter, abolir les fidéicommis de façon *telle* qu'ils soient partagés entre le possesseur et les agnats du même degré que lui, à l'exclusion des femmes pouvant hériter au même degré en tant qu'exclues par l'acte du fidéicommis, et n'en recevant jusque-là aucun droit. Ce fait d'exclure une personne du partage d'un fidéicommis devenu héritage libre ne pourrait se fonder sur le *droit commun* du pays *en matière de successions* ; ce droit permettrait au contraire aux femmes d'hériter de la même manière que les autres membres de la famille. Cette exclusion devrait donc alors être fondée sur l'*ordre de succession des fidéicommis*. Il faudrait donc que la loi, en *excluant les filles du fait de cet ordre de succession*, traitât cet ordre comme *continuant d'agir*. Mais si la loi elle-même regarde les exclusions faites par l'ordre de succession du fidéicommis comme continuant d'avoir *valeur légale*, son abolition par rapport aux agnats, qui *sont également exclus* par l'ordre de succession au bénéfice de l'aîné de la branche masculine, du possesseur actuel, constitue de nouveau *une façon illégale et rétroactive de traiter le possesseur actuel* au bénéfice des agnats. La loi ne peut donc, en abolissant les fidéicommis, *agir que d'une seule façon* ; nous l'avons déjà développée plus haut abstraitement à propos d'une autre question, et, de toutes parts, tous les faits se montrent d'accord avec cette solution : *il faut que la loi traite l'auteur du fidéicommis comme s'il était mort au moment de la promulgation de la loi et son héritage comme*

se liquidant suivant le droit commun du pays au sujet des héritages ab intestat.

Ce n'est qu'à ce seul prix, par une façon de traiter la question ressortant de l'idée pure du droit et adéquate à celle-ci, qu'on évitera toute rétroactivité. On ne considère plus, dans notre solution, la substitution fidéicommissaire comme *continuant d'agir*, puisque cette disposition est maintenant prohibée ; elle est par cela même nulle ; et c'est, comme dans le cas de nullité d'un testament, le droit d'héritage *ab intestat* qui doit être appliqué (1). Ce n'est, nous le répétons, qu'au prix d'une telle solution due à une rigoureuse opération de l'entendement qu'on pourra éviter toute rétroactivité.

Il peut néanmoins surprendre que le droit des femmes à l'héritage soit, bien que ces dernières soient exclues par l'acte du fidéicommis, le résultat nécessaire de l'idée du droit ; et bien que cet étonnement de l'esprit ne soit pas un argument de grande importance contre ce que nous avons une fois prouvé par la conséquence de notre concept, il sera pourtant utile pour l'esprit juridique d'enlever à ce résultat son étrangeté apparente et son caractère surprenant. Nous remarquerons en effet d'abord que les femmes, bien qu'exclues de la succession du fidéicommis, conservent cependant des droits sur ceux-ci et qu'elles peuvent en réclamer *dot, trousseau*, etc. Mais ce n'est que la *manifestation* d'un rapport de droit qui va beaucoup plus loin et que *toute la jurisprudence reconnaissait* déjà à l'époque de l'empire germanique *comme incontesté et incontestable*, et qu'il suffit de mettre en évidence pour enlever au résultat de tout à l'heure toute étrangeté. Il faut en effet distinguer toujours

(1) Remarquons ici la conformité de ce que nous venons de dire avec le principe du droit romain qui dit : Si le testateur est mort *ab intestat* par suite de la disparition des héritiers testamentaires (par décès ou répudiation) que ce ne soit pas *l'époque de la mort du testateur qui détermine* l'héritage *ab intestat* en résultant, *mais l'époque* où le droit d'héritage *ab intestat* est entré en vigueur (quo certum fuit, *intestatum* obiisse) ; voir là-dessus ci-après sub VI.

dans les fidéicommis l'*ordre de succession* du *droit de succession.* C'est *l'ordre* de succession qui exclut la branche féminine de la succession des fidéicommis, au bénéfice de la branche masculine, mais *le droit à l'héritage de la branche féminine est toujours conservé par les fidéicommis.* C'est là-dessus que repose en Allemagne, depuis qu'il y a des fidéicommis, la doctrine constante des vieux docteurs : la lignée féminine, disent-ils, même si elle est exclue par l'acte du fidéicommis, même alors qu'elle fait une renonciation *sous serment*, doit succéder, dans le cas d'extinction de la lignée masculine, au fidéicommis qui perd alors sa qualité de fidéicommis pour devenir patrimoine libre, et cela simplement parce que *le droit d'héritage maintenu éventuel et à l'état latent* par l'ordre de succession du fidéicommis, *reparaît à ce moment.* Cf. par exemple Knipschildt, chap. VIII, n°s 265-286, et les autres auteurs que nous citerons en revenant sur ce point à la fin de notre développement. Si le droit de succession de la branche féminine est conservé par le fidéicommis à l'état latent, il ne peut être aboli, sans porter atteinte au droit, à l'abolition des fidéicommis, quelle que soit la mesure qui doive le faire tomber à jamais, que d'une manière : en devenant *libre* et en *se réalisant.*

Cette nécessité juridique est maintenant mise en pleine lumière. Le seul *ordre de succession liant* le droit de succession de la branche féminine au bénéfice de la primogéniture masculine, l'abolition de l'ordre de succession maintenant prohibé rend *ce droit libre.* Ce droit de succession des femmes n'avait été entravé que pour maintenir, en ne partageant pas l'héritage, l'éclat du nom sur une tête masculine. La vieille règle de droit : *Cessante causa cessat effectus*, entre alors en vigueur. Puisque ceci n'est plus possible, puisque maintenant la limitation à la primogéniture, au bénéfice de qui on avait restreint ce droit des femmes, tombe, ce droit de succession est *affranchi* de lui-même, et c'est avec raison que les docteurs, comme nous le verrons plus tard, invoquent l'autorité de ce principe juridique aussi bien pour justifier l'apparition du droit de

succession de la branche féminine quand la branche masculine vient à s'éteindre, que pour affranchir le patrimoine des liens du fidéicommis. — Et, puisque en tous les cas *les filles du fidéicommissaire actuel* recevraient la part qui leur revient de l'héritage du fidéicommis, puisque la suppression du lien du fidéicommis ne détruit pas seulement la *primogéniture*, mais aussi la *limitation* agnatique à la *branche masculine*, on ne peut concevoir pourquoi il faudrait exclure *d'après la volonté de l'auteur du fidéicommis* la descendante féminine *à un degré encore plus proche* de cet auteur du fidéicommis et qui se trouve *sur la même ligne* que le possesseur actuel. Ici encore au contraire seraient de mise tous les arguments que les docteurs avaient fait valoir en disant qu'il faudrait supposer que l'auteur du fidéicommis avait une amitié plus grande pour ses parents que pour les étrangers, et qu'il préférait les plus proches parents aux plus éloignés.

Nous avons déjà admis au commencement que ces conséquences de notre conception, pour rigoureuses et logiques qu'elles soient, ne valent que pour le cas où on regarde le fidéicommis comme reposant, en substance, sur la propriété de la famille; elles ne sont plus exactes si l'on considère le possesseur comme un véritable propriétaire dont la propriété est limitée par certaines charges.

De ces deux façons de comprendre les fidéicommis de famille dans le droit allemand, quelle est la bonne? La question est vivement controversée par les écrivains juridiques et il n'y a pas très longtemps que plusieurs auteurs se sont précisément déclarés favorables à la dernière opinion (1).

(1) Et en effet, ce n'est pas étonnant pour ceux qui, comme Duncker [« Das Gesammteigenthum » (la propriété indivise) Marburg, 1843] se prononcent non seulement contre la propriété indivise allemande en général — et dans tous les sens —, mais même contre l'admission dans le droit allemand d'une propriété divisée, même contre l'admission d'une division en domaine éminent et de la propriété de l'usufruit [voir ceci dans la revue du droit allemand (*Zeitschrift für deutsches Recht*) II, pag. 177 et suiv.]. Ces erreurs, que Mittermaier

Mais on ne peut douter un seul instant qu'il faille absolument la rejeter. Ce que nous avons dit jusqu'ici doit avoir montré clairement que le fait de voir dans cette institution une *propriété de la famille* est analogue à sa véritable notion. Le possesseur du fidéicommis de famille *romain* a en effet la *propriété restreinte*, et l'influence, bien faite pour embrouiller, de cette notion du fidéicommis *romain* avec quoi le fidéicommis juridique allemand n'a dans son essence absolument rien de commun, a été la source de cette conception absolument fausse, née de l'action inconsciente des catégories de droit romaines même *sur des théoriciens qui protestent* hautement contre cette confusion inopportune (1).

n'a que trop partagées) sans aller toutefois jusqu'à ce degré d'extravagance [voir ses *Principes du droit privé allemand* (7e édit., 1847) I, 436] sont fondées sur une tendance d'esprit peu historique qui ne peut comprendre, ou qui, si elle reconnait ce fait *in thesi*, d'une façon assez embrouillée d'ailleurs, ne peut saisir dans le développement concret des institutions prises isolément que le concept de propriété est tout différent *dans sa notion* pour les *Romains* et pour les *Allemands* et en quoi il diffère. Il fallait en effet que tout le reste le cédât pour eux à l'influence déterminante, dont ils n'avaient pas conscience, de la conception romaine de la propriété. Si nous allons au fond des choses, nous voyons que ceci repose uniquement et toujours sur la méconnaissance que nous avons dénoncée page. 83 et suiv., note 1 des *conceptions* historiques différentes qui agissent dans les institutions juridiques des différents peuples ; il en devait résulter ensuite pour les historiens du droit et les juristes la méconnaissance la plus criante du caractère juridique de ces institutions historiques. *Le droit de succession*, proche parent de celui-ci, nous en donnera au second volume, quand nous chercherons les rapports qu'il peut y avoir entre le droit de succession romain et ce même droit allemand, un grand exemple. Pour ce qui est du *concept de la propriété au Moyen Age* comme tel, nous l'avons déjà indiqué brièvement page 274 et suiv., et de la détermination que nous y avons donnée s'ensuit — fait que nous avons alors mis en lumière — une conséquence caractéristique et nécessaire, la matière *divisée* de la propriété allemande.

(1) En indiquant ici les développements que nous donnerons au second volume sur le droit de succession romain, nous allons voir

Ce n'est pas ici le moment de rectifier cette erreur dans tous ses détails et de façon à épuiser la matière, ce qui serait nécessaire pour replacer les moments isolés de sa naissance dans leur vérité positive. Mais nous pouvons dire brièvement en la critiquant ce qui est nécessaire et plus que suffisant pour la faire rejeter. *Et précisément si l'on considère parallèlement* le fidéicommis de famille allemand et le fidéicommis de famille romain, on verra de la façon la plus frappante, *par les caractères qui les distinguent*, que ce dernier doit être la propriété, limitée par certaines charges, du possesseur, tandis que l'autre se présente tout

combien est condamnable cette simple analogie du fidéicommis allemand et du fidéicommis romain : car le fidéicommis *romain* n'est jamais qu'un *legs* (disposition relativement à des choses); ce ne peut jamais être une *hereditas* au sens que le droit civil attache à ce mot. Au contraire, le fidéicommis allemand résultant du droit des plus proches héritiers des biens patrimoniaux est un véritable *héritage*, et nous devons à ce sujet renvoyer le lecteur à la partie du second volume qui traite de l'essence de l'héritage germanique. Mais alors qu'est-ce que *l'acte du fidéicommis* d'après son concept ? Ce n'est pas un legs comme le fidéicommis romain, puisque c'est un véritable héritage. C'est visiblement encore moins une *succession testamentaire*, au sens romain. Qu'est-ce donc alors ? C'est *la détermination d'un ordre d'héritage ab intestat faite par une législation de privilège pour une famille déterminée*. Et cette définition est confirmée par le fait historique que nous avons déjà mentionné, que cette institution s'était développée après avoir pris naissance *dans le droit ab intestat des héritiers les plus proches* et dans l'effort fait pour préserver *ce droit* de l'influence pénétrante du droit romain et de sa liberté testamentaire ; cf. p. ex von Salza et Lichtenau, *Lehre von den Familienfideicommissen* (Traité des fidéicommis de famille). § 4 (Leipzig, 1838) et d'autres. Du maintien du caractère de loi *ab intestat* de cette institution *résulte naturellement tout le reste,* et en particulier la conséquence suivante : si le législateur ne reconnaît plus comme valable la persistance perpétuelle dans certaines familles *d'une telle loi privée ab intestat* (autonomie), il ne peut s'ensuivre autre chose que *la transmission héréditaire, qui s'effectue actuellement d'après la loi ab intestat actuelle*, du patrimoine que cette loi de privilège concernait et maintenait jusqu'alors dans la famille de l'auteur du fidéicommis ; cf. plus haut, page 429, note 1.

simplement comme la propriété de l'ensemble de la famille.

Les fidéicommis de famille allemands sont partout signalés — ce sur quoi nous avons insisté plus haut — comme des mesures instituant une fortune à jamais inaliénable et prises « pro splendore et conservatione familiæ ». Ceux qui regardent le fidéicommis de famille allemand comme laissé, de même que le fidéicommis romain, à un *individu isolé* avec la détermination *ne de familia exeat* — bien que se montre déjà, de façon suffisamment nette, dans cette différence de forme, ce qui diffère au fond — ceux qui regardent — dis-je, — ce fidéicommis comme la propriété *individuelle*, limitée par certaines charges, du possesseur du fidéicommis, doivent rabaisser *ce but* de la fondation du fidéicommis à un simple *motif* de l'action, à cause de quoi seront imposées au propriétaire unique l'inaliénabilité et l'obligation de restituer.

Cette interprétation erronée ne remarque pas que, même si on le considère comme un simple motif, il y a là un de ces cas où le motif (voir plus haut, page 112 et suiv.) *coïnciderait avec le contenu de l'action, le couvrirait et l'épuiserait,* et qu'alors, à cause de l'identité de motif et d'action, c'est-à-dire à cause de l'inaliénabilité perpétuelle, ce motif se présenterait comme le *contenu de la volonté de l'action même*, c'est-à-dire qu'il procurerait à toute la famille la propriété de la substance *in perpetuum*.

Déjà cette identité du motif et de l'action qui se protègent l'un l'autre n'a pas lieu dans les fidéicommis de famille romains, car même les fidéicommis de famille romains institués *in perpetuum* ne sont pas perpétuels et ne valent *que pour quatre cas de substitution*, si bien que le possesseur peut, à l'épuisement de ces cas, aliéner tout à fait librement le fidéicommis, même à des étrangers (1). Par conséquent, une inaliénabilité perpétuelle au bénéfice de l'idée de famille n'est pas atteinte. Mais ici, nous voyons claire-

(1) Novelle 159.

ment la raison pourquoi le Romain *ne peut absolument rien faire* d'autre qu'attribuer la *propriété* pleine et entière au possesseur du fidéicommis. Car à qui fallait-il la donner ? Quatre personnes se suivant l'une l'autre ne sont pas une universalité, ni une personne morale. Ce n'est qu'à ces *quatre personnes isolées* et non au concept perpétuel de famille que peut penser la volonté légale du testateur, et par suite le fidéicommis ne peut être regardé que comme la propriété successive de ces quatre individus isolés, qui deviennent par cela même propriétaires limités par certaines charges.

Ou, plus exactement, c'est le contraire : c'est *parce que* les Romains ne considèrent la propriété du fidéicommis que comme *propriété individuelle*, c'est *parce qu'ils* ne regardent pas la descendance de la famille comme une personne morale indépendante, *c'est à cause de cela* — car heureusement le droit positif est toujours plus spéculatif et bien plus pénétré d'idées que la théorie des auteurs — qu'ils ne peuvent ordonner valablement une *inaliénabilité perpétuelle*, car cette dernière formerait avec le concept de la *propriété individuelle* une véritable contradiction dans les termes (1).

(1) Mais le fait qu'on peut prescrire dans le fidéicommis romain la restitution (et, par conséquent, l'inaliénabilité) pour ces *quatre* substitutions, sans porter en rien atteinte à la propriété individuelle, résultera naturellement, pour qui veut réfléchir plus profondément, de nos développements sur le droit de succession romain et spécialement sur l'origine et l'histoire du fidéicommis romain. Qu'on nous permette de ne donner ici que quelques indications rapides ; précisément en tant que le fidéicommis est un *legs*, l'obligation de la restitution pourrait paraître contradictoire ; car le fait que le possesseur ne peut être obligé à restituer la pleine et entière valeur pour le *legs : a legatario legari non potest*. Mais le fidéicommis n'est pas un legs ordinaire mais simplement le *legs fidéicommissaire*, autrement dit le fidéicommis n'est originairement qu'une prière adressée aux héritiers, qui n'est pas coercitive juridiquement et qui, par conséquent, si elle est suivie d'effet, *ne le produit qu'en tant que c'est en fait la propre volonté de l'héritier*; c'est aussi la raison pourquoi cette dis-

Mais, dans le droit germanique, voici qu'entre en jeu la notion de la propriété indivise appartenant à *une certaine quantité de personnes* dont l'ensemble est considéré comme *une unité juridique* (1). Par rapport au fidéicommis de famille, ce n'est que la *formation et la croissance organique* de l'idée, vraiment germanique et que les germains ont toujours eue, de l'*unité morale de la famille*, et par suite de cette identité, de ce caractère profond d'indivision de leur propriété, qui se fait jour dans le vieux droit *ab intestat* (voir à ce sujet le second volume). Dans cette évolution la propriété devient donc tout simplement la propriété du *concept de famille* et par cela même *nécessairement à jamais inaliénable*, aussi longtemps que ce concept de famille a, en n'importe quels sujets vivants (membres de la famille), une réalité.

Mais laissons cette notion posée en ces termes et passons aux *critères juridiques formels* de la question, aux facultés du possesseur d'un fidéicommis.

Qui est le propriétaire d'une chose, et qui ne l'est pas, voilà ce qui doit apparaître avec une netteté parfaite dans les *droits* qu'il a sur la chose, voilà ce qui doit en résulter sans aucune discussion possible.

Quels sont donc les *droits de propriété* du possesseur d'un fidéicommis d'après le droit allemand?

Il ne peut ni aliéner, ni hypothéquer, ni détériorer. Il est vrai que le possesseur du fidéicommis romain, limité par certaines charges, ne le peut pas non plus et en cela se comprend l'analogie qui a induit en erreur un grand nombre de juristes (2).

position testamentaire est affranchie — chose conséquente et nécessaire — *de toute la sévérité du « jus »*. Ce n'est que sous Auguste qu'on pourra rendre la *restitution* du fidéicommis *exigible en général*; cependant *il restera affranchi de la forme et du « jus »* et il gardera le caractère d'un vœu, comme nous le montrerons au second volume, durant toute l'histoire du fidéicommis.

(1) Cf. Dieck dans l'*Encyclopédie* de Ersch et Gruber, Sect. I, tome XXVI, page 494, article *Dominium*.

(2) Bien qu'apparaisse déjà ici la différence qui n'est pas sans

Mais le critérium certain et *décisif* de la propriété est *la transmission héréditaire*. Ce qui est *propriété* peut être laissé en héritage par le possesseur après sa mort, et ce qui ne peut pas être légué par le possesseur, bien plus *ce qui se transmet par une hérédité qui remonte à un autre* n'est pas la *propriété* du possesseur. Il est reconnu conformément à cela que le fidéicommis de famille romain, malgré l'obligation pour le possesseur de la restitution, *n'est jamais transmis que* « ex beneficio ultimi possessoris (1) », de même qu'il en ressort très clairement que le possesseur d'un fidéicommis romain a la possibilité d'effectuer cette restitution à sa volonté, à un membre quelconque de la famille, même d'un degré de parenté éloigné (*vel dispari gradu*) (2).

C'est le contraire pour le fidéicommis allemand et il est unanimement reconnu que jamais il ne peut être transmis *ex beneficio ultimi possessoris*, mais seulement *ex pacto et providentia majorum* — tout à fait dans le même sens que pour la succession féodale —; celui qui hérite, hérite de l'auteur du fidéicommis.

Et comment ce que transmet par héritage non le possesseur du fidéicommis, mais un autre, peut-il être la *propriété* de ce possesseur ? !

Un autre critérium est que le fidéicommis de famille romain peut toujours être aboli par le consentement de tous les intéressés vivants (3).

Naturellement ! Car il est précisément la *propriété individuelle* du possesseur fidéicommissaire, et si, par consé-

importance pour la question de la propriété : en effet, les héritiers présomptifs allemands peuvent mettre sous séquestre, en cas de détérioration, l'*objet même du fidéicommis* (Salza, *loco citato*. page 195), tandis que les successeurs romains doivent s'assurer d'une *caution* pour garantir la *valeur* de leurs droits ; cf. L. LXIX, § 3, *de leg*. II (31).

(1) L. LXVII, § 3, *de leg*, II (31) Papinien.

(2) Cf. *præf*. et § 2-5. de la L. LXVII au même endroit.

(3) L. CXX, § 1, *de leg*. I (30). L. XI, C. de fideicom. (6, 42).

quent, eux qui seuls sont qualifiés juridiquement et qui seuls peuvent avoir des droits, sont d'accord pour l'abandon de ces droits purement éventuels, il faut toujours que le fidéicommis puisse être aboli même à l'encontre de la volonté de l'auteur du fidéicommis. Il *faut* que le droit de propriété individuelle du possesseur acquière de lui-même toute son énergie et toute sa puissance, si les revendications des expectants éventuels tombent par leur commun accord.

Au contraire, le fidéicommis de famille allemand ne peut jamais être aboli, malgré l'assentiment du possesseur et de tous les intéressés (1). C'est encore tout naturel. En effet, le patrimoine n'appartient qu'au seul concept de famille dans toute sa perpétuité idéale et par suite la propriété appartient aussi bien aux générations à naître qu'aux personnes juridiques vivantes à une époque déterminée.

La propriété d'un possesseur fidéicommissaire qui ne peut ni disposer d'elle, ni la laisser en héritage, ni l'abolir, même avec l'assentiment des personnes juridiques qui enchaînent son soi-disant droit de propriété, est donc une *propriété*, tout comme le fameux couteau de Lichtenberg, qui n'avait pas de manche et à qui manquait la lame, était un couteau !

Les vieilles Chartes mêmes s'accordent très visiblement pour affirmer ce caractère juridique du fidéicommis de famille allemand. Si l'évêque de Breslau, Jacobus von Salza, dit dans l'acte daté de 1532 (2) par quoi il fondait un fidéicommis, qu'il le fonde en faveur de son frère Mathes et du fils aîné de ce dernier Joachim « *allein zcu irer baider lebetagen in gebrauch zcu haben und zcu halten* » ; s'il continue en indiquant que cet ordre doit subsister éternellement et que toujours le patrimoine doit revenir aux aînés

(1) Cf. SALZA, *loco citato*, § 109 ; DIECK, dans l'*Encyclopédie* de ERSCH et GRUBER (Sect. I, tome XLI, page 337. article Familiengüter (biens patrimoniaux) ; KNORSCH, *Das deutsche Privatfürstenrecht* Sulzbach, 1832), § 82.

(2) Voir ce document de SALZA, *loco citato*, pages 244-246.

des agnats, « *alleine* zcum *lebetagenn* ane alle Rechnung *innetzùhaben* »; si, de plus, il désigne la situation des successeurs comme « Innehabung », et encore chaque successeur comme « Innehalter »; s'il prescrit que dans le cas où le fief mouvant d'un château (qui lui avait été originairement donné en gage) serait dégagé, la somme serait placée par la famille « vonn dem *geschlechte* » sur un autre domaine ; et s'il conclut en disant qu'il veut par là « alle seine *nachkommen Innehalter* solcher Gutter *sampt dem ganzen geschlecht* hiermit vestiglich verbunden haben »: c'est par hasard que les mots sont choisis comme s'ils voulaient engager une polémique contre l'erreur moderne et comme s'ils voulaient prouver que chaque possesseur isolé n'a que l'usufruit (usage et possession pendant la vie) et que la propriété du fidéicommis appartient à la famille tout entière (1).

Mais même alors que les expressions de l'acte du fidéicommis ne présentent pas cette exactitude critique, par cela seul que le fidéicommis de famille fondé était *allemand* et non romain, ce qui est toujours le cas pour la noblesse, c'est, disons-nous, la *valeur effective* des actes, c'est-à-dire le caractère juridique du *droit réel* transmis au possesseur du fidéicommis, qui est l'*essentiel* et décide, et, en regard des faits, les mots sont insignifiants.

Nombre de théoriciens et des plus importants ont donc, à quelque époque que ce soit, reconnu et défendu la nature

(1) Voir les actes très nombreux et tout aussi précis cités par KOHLER, *Privatfürstenrecht* (droit privé des princes), § 69, p. ex. l'acte de 1568 concernant la maison de Hesse où il est dit que « les pays doivent rester dans leur ensemble un majorat, *appartenant uniquement à la lignée masculine* » ; l'acte de 1576 concernant la maison de Fürstenberg où « pour le maintien et l'avancement de *tous* nos héritiers et descendants de *nom* et de *famille*, pour l'honneur, le profit et la prospérité des Fürstenberg », il est déterminé « que cet acte doit garder sa valeur pour toujours, eu égard à la fortune et aux biens de notre famille et de ceux qui porteront notre nom » où tout, par conséquent, indique nettement que les biens sont la propriété de toute la famille.

véritable du fidéicommis allemand. Ainsi Eichhorn (1), qui n'a pas encore été dépassé pour le sens historique, Kohler (2), parmi les écrivains modernes qui ont traité de cette matière spéciale, entre autres (3) ; citons enfin l'ouvrage le plus important qui ait été publié récemment sur le droit de succession allemand en général, la théorie des pactes de famille de Georges Beseler (4).

(1) *Histoire du droit*, 3 édit., §§ 68, 198, 389.

(2) *Deutsches Privatfürstenrecht* (Sulzbach 1832), §§ 69-71.

(3) Pütter, *Beiträge zum deutschen Staats-und Fürstenrecht* (Göttingen, 1779) II, 229 et suiv. ; *ses discussions*, n° 6, II, 216 ; H. Chr. von Senkenberg, *Disp. qua filiam ultimi gentis suæ in regnis et principatibus succedere demonstrat.* (Göttingen, 1736), chap. I ; J. J. Reinhard, *Die Gemeinschaft als ein wahrer Grund der Erbfolge und der einzige Grund der Lehenfolge der Seitenverwandten* (1755), ses nouvelles remarques sur la succession féodale et la communauté (Francfort, 1762).

Il faut faire remarquer en passant qu'on n'a *pas du tout* besoin d'être de l'avis de Reinhard et de Fischer sur la communauté familiale-initiale de la propriété foncière allemande — bien que celle-ci soit en quelque sorte (non pas comme *propriété indivise actuelle*, mais comme une *communauté* de la propriété existant *en soi* ; voir à ce sujet la seconde partie du second volume) la seule conception exacte, acceptée par tous les auteurs de pensée profonde, à quelque direction qu'ils appartiennent, par Hegel comme par Stahl — pour être, au sujet du fidéicommis, de l'avis énoncé ci-dessus ; la citation que nous ferons bientôt de Beseler le prouvera). Citons encore : Walch, *De condominio successionis fundamento in Germania* (Iéna, 1773) ; Meurer, *Von der Succession in Lehen und Stammgüter unter dem hohen und niederen Adel* (Leipzig, 1781), page 10 ; G. E. C. Preuschen, *Die Gemeinschaft als ein wahrer Grund der Lehensfolge der Seitenverwandten* (1775) ; Fischer, *Geschichte der deutschen Erbfolge*, page 49, et son *Erbschaftliches Versendungsrecht* (Ratisbonne, 1786) ; Weber, *Traité de droit féodal*, III, p. 165.

(4) II, 49-65 (Göttingen, 1840). — Le témoignage de Beseler dans cette circonstance est d'autant plus important qu'il ne veut pas que la propriété ait été dans le droit allemand une propriété indivise actuelle de la famille (voir I, 48 et suiv.) — opinion quelque peu inexacte en effet et qu'on a poussée trop loin ; — qu'il ne veut pas *non plus* prendre la *propriété indivise* allemande en général *dans un autre sens* que celui d'une *propriété partagée* (en propriété directe et usufruit (I, 88), fait d'ailleurs reconnu également par Mittermaier

Le savant Dieck (1) prend une position indécise entre les deux opinions en admettant que dans certains actes aussi

(*Droit privé allemand*, 7e édit., § 155) et par tous ceux qui font preuve de quelque circonspection, mais que même à l'époque la plus ancienne, il ne veut pas reconnaître la valeur du droit des plus proches héritiers (cf. tome I, § 5 et tome II, §§ 15 et 16). Il arrive pourtant, au sujet des fidéicommis de famille de la noblesse, et cela de la façon la plus déterminée, au résultat que nous avons donné plus haut. Il dit (II, 51 et suiv.) : « Mais s'il faut maintenant poser comme principe du droit *ancien* que la propriété foncière n'était pas une propriété indivise de la famille, il a été néanmoins déjà prouvé que, par suite d'un développement *ultérieur*, la famille noble allemande s'est unie plus étroitement, et que c'était précisément le besoin d'empêcher, dans son intérêt, le morcellement de la fortune immobilière qui était la raison primordiale de cet événement. Malgré ces résultats fournis par l'étude approfondie du droit ancien, une question reste à résoudre : faut-il admettre *actuellement*, par suite de ce développement ultérieur du droit, une *propriété indivise de la famille* dans la haute noblesse ? Il faut la résoudre par l'*affirmative sans hésitation aucune ;* car la *famille*, de la façon déjà indiquée, dans cette sphère, même en matière de droit patrimonial, s'est constituée en une sorte de société qui, *en qualité de personnalité juridique autonome, est munie de droits de propriété*. Pour le développement approfondi qui vient ensuite et qu'il faut lire dans le texte, il faut en admettre absolument l'essentiel ; nous n'en citerons que les quelques phrases suivantes (page 55 et suiv.) : « Le mouvement dans le droit familial de la noblesse n'a été achevé que par l'introduction d'*ordres de succession particuliers* stipulant, même pour la lignée masculine, la prérogative d'un seul. La situation est régulièrement, dans le cas dont il s'agit, la suivante : la fortune ou une certaine partie de la fortune est liée à la *famille* et est en général sous son influence ; la lignée masculine a tout d'abord, en première ligne, ou exclusivement, droit à la succession ; enfin une personne de cette lignée masculine est privilégiée par suite des prérogatives attachées à l'âge. » « La famille, sous la garde commune des membres pleinement autorisés qui la représentent, est *en général la personne munie de droits et qui a la propriété du patrimoine.* » Les membres de la famille ont, pris isolément, des positions différentes. Le premier-né a la succession *jure proprio et singulari* par suite de l'arrangement convenu, il a *l'usage* et *la gestion de la fortune de la famille sans préjudice de sa propriété et de sa substance*.

(1) A l'article, « Familiengüter », *loco citato*, page 334.

clairs que ceux de l'évêque Jacob von Salza, dont nous avons parlé, la propriété n'appartient indubitablement qu'à la famille tout entière, mais il adopte en tant que règle l'opinion des auteurs qui tiennent le possesseur du fidéicommis pour le véritable propriétaire, soumis à certaines charges.

La décision des différentes législations est encore d'un plus grand poids. Et de même que nous avons eu, au cours de cet ouvrage, l'occasion de montrer en passant combien, d'habitude, le sentiment pratique du droit propre aux législations les conduisait mieux à la vérité et les approchait plus de l'idée abstraite que la *demi*-théorie des auteurs (1), ainsi les législations des trois plus grands Etats allemands, l'Autriche, la Prusse et la Bavière, ont reconnu avec raison, bien que Mittermaier leur reproche à ce sujet, on ne peut plus mal à propos, un malentendu (2), que la *totalité de la famille* a la véritable *propriété* du fidéicommis.

Et, en appliquant ces dénominations empruntées au droit romain de *dominium directum* et *dominium utile* à cette situation de la propriété partagée, caractéristique du droit allemand, — ce qui, au point de vue théorique, n'est pas

(1) On ne peut méconnaître que, en dehors des complications théoriques, des influences politiques aient contribué aussi à former cette conception fausse du fidéicommis ; et si elles n'étaient pas conscientes, elles n'en étaient pas moins sensibles. Ce sont la plupart du temps des écrivains *libéraux* qui ont défendu et accrédité cette opinion. Le libéralisme, étant lui-même de nature limitée, pensait venir plus vite à bout de la propriété limitée du possesseur du fidéicommis que du droit de possession de la famille, et cela par le simple fait de la chute des « limitations » qui ne donnait pas aux possesseurs de motifs de se plaindre et transformait les droits des agnats en simples expectatives. — Quand l'exposé de cette situation émanait du parti des nobles, ce qui est le cas pour Kohler, conseiller aulique du prince Œttingen-Wallerstein, les fidéicommis étaient toujours maintenus dans leur vérité conceptuelle et considérés comme la propriété de l'ensemble de la famille et de sa descendance future.

(2) *Privatrecht*, 7e édit. I, 444.

tout à fait juste, mais n'amène pas la moindre différence au point de vue pratique — on qualifia de *domaine direct* le droit de propriété de la famille (dont le possesseur fidéicommissaire est aussi l'un des membres) et de *simple usufruit* le droit de propriété du possesseur comme tel—et cette désignation est même, au point de vue théorique, tout à fait exacte. Ainsi le Code autrichien dit, II, § 629 : « La *propriété* du patrimoine fidéicommissaire est répartie entre tous les héritiers présomptifs et les détenteurs successifs du fidéicommis. Mais les premiers n'ont que le domaine direct, tandis que les autres ont *en plus l'usufruit.* »

Il en est de même dans le Code prussien, II[me] partie, Tit. IV, § 72 : « La propriété *utile* appartient au titulaire du fidéicommis, § 73. Le domaine éminent appartient à la famille tout entière (1). »

Si donc on abolissait les fidéicommis dans un de ces trois États, il ne pourrait s'élever de contestation dans le cas présent ; on n'aurait qu'à procéder tout simplement dans le sens que nous avons développé plus haut, et, par suite de l'abrogation de l'*ordre de succession* établi par l'*ancienne loi privilège ab intestat*, le droit de succession de la famille, assujetti à certaines rigueurs, n'aurait plus qu'à se réaliser librement et conformément au *droit ab intestat actuel.*

Dans le cas présent, disons-nous, il ne pourrait s'élever aucune contestation à ce sujet ; car ici les fidéicommis sont *reconnus* par les législations mêmes comme étant objets de propriété de la famille tout entière et, en tous cas, il sont devenus depuis longtemps propriété de la famille par suite de la promulgation de ces lois.

Mais la nature juridique du sujet, que nous avons analysée plus haut, a amené également ailleurs des résultats législatifs semblables, qui ont fait valoir des *raisons d'équité*, surtout par rapport au droit des agnats. Cela est arrivé au commencement du siècle dans le Piémont, avant même

(1) Cf. édit bavarois, § 43.

sa réunion à la France, quand la Consulta, par une loi du 6 fructidor an VIII, décréta l'abolition des fidéicommis et de la primogéniture, mais maintint provisoirement l'inaliénabilité des biens jusqu'à ce que la loi adoptât une disposition définitive sur leur situation. Là-dessus la commission exécutive du Piémont promulgua la loi du 13 nivôse an IX, prescrivant, par égard à ce fait que l'abolition de l'ordre de succession au fidéicommis enlèverait aux plus jeunes frères des possesseurs actuels et à leur descendance le droit de *succession éventuelle*, comme aussi le *droit à une assignation sur ces biens*, qui leur était reconnu sous le régime du fidéicommis, qu'il serait adjugé aux plus jeunes frères des possesseurs actuels une « assignation équitable », prise sur la fortune du fidéicommis et qui ne devrait pas dépasser la portion légitimaire qui aurait dû être séparée du patrimoine si le dernier possesseur antérieur était mort seulement à ce moment. Voici les motifs exprimés par la loi dans la traduction française officielle : « Considérant : 1° que la libre disponibilité des biens ci-devant liés à la Primogéniture et fidéicommis... a réellement amélioré la condition et augmenté le patrimoine des possesseurs des dits biens ; 2° que la loi, en accordant cet avantage aux possesseurs actuels des biens primogéniaux, a le droit de les charger d'un correspectif proportionné en faveur des *puînés*, lesquels ayant jadis, à cause du lien de Primogéniture, été exclus de la succession simultanée dans lesdits biens, ont maintenant perdu tout espoir de succession éventuelle, à cause de la loi qui a rendu libres lesdits biens ; 3° que le droit accordé aux *puînés* d'obtenir une assignation congrue sur les biens primogéniaux même *avant* que ces biens eussent été effectivement rendus libres, *recevait nécessairement plus d'étendue d'après la résolution immédiate des liens.* » Et là-dessus on ajoute la disposition suivante : « § 4. Il est loisible aux frères puînés, qui jadis ont été exclus de la succession simultanée dans lesdits biens, d'obtenir par tête, ou à leurs descendants par *souche*, une *assignation équitable*, laquelle devra être fixée avec les égards

convenables à tout ce que les dits frères eussent déjà obtenu de la succession du père, ou de tel autre ascendant commun, qui eût possédé auparavant les biens maintenant rendus libres par la loi, comme aussi à l'état et aux circonstances actuelles de la famille et des enfants des possesseurs susdits. — § 5. L'assignation ci-dessus ne pourra, en quelque cas que ce soit, excéder la *portion légitimaire* qui aurait *dû être séparée du patrimoine par le père ou ascendant commun*, dans le cas où, *au temps de son décès, il eût été libre de tout lien.* »

Personne ne pourra nier, après un examen attentif de cette loi et de ses motifs, que l'opération instinctive de la nature conceptuelle de la chose, développée par nous antérieurement, soit en dernière analyse au fond de cette loi et nous force déjà, bien que dans une forme fausse, à poser le cas comme si le fidéicommis *était seulement maintenant transmis en héritage.*

Mais comme le concept n'est pas encore ici d'une clarté telle qu'il se pénètre lui-même, comme il n'a pas encore atteint l'intelligence théorique de lui-même et qu'il n'entre dans la conscience que comme un simple sentiment d'équité, il ne peut arriver à une réalisation adéquate : par suite de quoi les frères puînés sont *seuls* pris en considération, et non pas dans toute l'extension de leur droit véritable.

Mais à présent le fait qu'en effet, lors de l'abolition des fidéicommis, le partage immédiat, reconnu comme indispensable, du patrimoine fidéicommissaire d'après la loi *ab intestat* du pays entre les descendants *immédiats actuels* de l'auteur du fidéicommis *et de la même branche que lui* (1),

(1) *De la même branche* disons-nous. Car il faut interpréter ainsi l'acte du fidéicommis (cf. plus haut, p. 423). Le *droit de succession* doit être transmis *primo loco* à *cette* lignée et à *sa* descendance, *in æternum* ou, éventuellement, aussi longtemps que cela sera légalement licite, *d'après l'ordre de primogéniture*, et si cela *cesse* d'être licite, suivant le droit *ab intestat* alors en vigueur. Ce que nous verrons bientôt sur la nécessité de rejeter les revendications des *heredes regredientes* en droit ancien dérivera de cette conception.

est seul légitime et seul conforme au droit fidéicommissaire et démontré de la façon la plus péremptoire et la plus décisive par un argument *a fortiori* dont la base n'est rien moins que l'*unanimité de toute la jurisprudence du temps de l'empire allemand.*

Nous voulons dire le cas où les fidéicommis, au lieu d'être abolis pas un *changement de législation*, comme dans la supposition que nous examinions tout à l'heure, disparaissent par des *raisons de fait.*

C'est ce qui a lieu si la *lignée masculine* de l'auteur du fidéicommis vient à s'éteindre : l'*ordre de succession* au fidéicommis tombe alors dans ce cas par un changement *de fait.*

Les Docteurs ont décidé unanimement, ce à quoi nous nous sommes déjà référé plus haut, que dans ce cas le *droit* de succession de la descendance féminine, même si celle-ci était exclue par l'acte du fidéicommis, bien plus même si elle avait *renoncé* à ce droit, voire fait une renonciation *sous serment*, reparaît et reprend sa puissance *entière* : car il n'était entravé que par le seul ordre de succession.

Qu'on s'en réfère à Knipschildt, *loco citato*, VIII, n° 265 (page 359 de l'édition d'Ulm, de 1661) : « Quamvis autem fæminæ, masculis extantibus in his fideicommissis familiarum Nobilium non succedant, secus tamen est, si masculi nulli ex testatoris sive institutoris familia et agnatione extent, *tum enim fœminas in iisdem succedere non dubito*, et tradunt Grassus, etc. etc. *Quia tunc cessat ratio exclusionis, agnationis nimirum conservatio*, cum nulli supersint agnati, atque *ideo ipsa exclusio cessabit*, cum *generalis sit regula* quod *cessante causa cessat effectus* et *cessante causa dispositionis, privilegii, prohibitionis, favoris, exclusionis, renunciationis, ipsa* cessat *dispositio* (cf. ci-dessus, page 341), privilegium, prohibitio, favor, exclusio et renunciatio de qua infra, cap. 16 et 17 sq., n° 268 : Hinc quoque quando statutum extat fæminas propter masculos excludens, nihilominus tamen masculis deficientibus, fæminas admitti *communis doctorum est conclusio* (suivent les citations). Et in

renunciationibus fæminarum idem obtinere, ut masculis deficientibus fæminæ admittantur, tradit Bartolus Muscul. etc., n° 270 : Ita enim in jure *primogenituræ et majoratus*, masculis deficientibus, fæminæ admittantur, après quoi il continue, après une foule de citations : atque hoc etiam colligitur ex *verisimili mente ipsius disponentis, sive fideicommissum instituentis*, qui si interrogatus fuisset, quem præferre vellet eo casu, quando omnes de agnatione filiorum suorum mortui essent, utique non extraneos ullos, sed proprias filias vel neptes responsurus fuisset. Cum major sit affectio erga cognatos et consanguineos quam extraneos, etc., etc. (1), præsertim vero parentum erga liberos et descendentes suos, etc., etc. At vero in omni dispositione *illud actum* esse intelligitur *quod est verisimile*, etc., etc., *omnisque dispositio intelligi debet secundum affectionem et charitatem* quam *disponentes erga personas habuerunt* et quælibet dispositio in favorem *eorum* erga quosquos affectio fuit, *ita restringi debet ut magis dilectus melioris sit conditionis illudque in dubio pro disposito et expresso habetur, de quo si disponentes interrogati, verisimiliter responsuri fuissent.* (Cf, ci-dessus page 423 et 429 et suiv. ; il saute maintenant aux yeux que ce que nous avons dit sur la suite légale de l'abolition des fidéicommis et même sur la succession des femmes se justifie entièrement par cette mesure comme la volonté probable de l'auteur du fidéicommis et comme la seule interprétation légitime et qui ne dénature pas l'acte).

C'est l'avis de Pütter dans ses « Institutiones juris publici Germanici », « § 454 :... Sin universæ familiæ stirps mascula deficit, *filiabus a primo adquirente oriundis earumque posteris jus succedendi* aperitur, etc. » Il en est de même pour Selchow, professeur à Göttingen, dans ses « Elementa juris publici Germanici », §§ 509 et 510, et dans ses « Elementa juris germanici privati hodierni », § 632. Cela ne

(1) Nous indiquons par etc., les citations des lois romaines et des auteurs.

donne pas lieu à la moindre contestation ; toutefois une controverse très vive a été engagée sur ce seul point de savoir qui passe devant, des filles du *dernier* possesseur ou des descendantes, plus proches parentes peut-être de l'auteur du fidéicommis, de la lignée féminine négligée autrefois et qu'on appelle à cause de cela *heredes regredientes*. Les auteurs que nous venons de citer rejettent cette dernière opinion (1), ce qui repose sur la pensée tout à fait exacte que, comme nous l'avons montré plus haut (page 352, n° 1), l'*ordre* de succession et le *droit d'héritage* — et dès lors la *préséance* dans ce droit — ont été transmis *primo loco* à chaque branche dont le tour était venu d'après l'ordre de succession, tandis que d'autres vont jusqu'à vouloir appeler à la succession les filles de la descendance féminine plus proches parentes de l'auteur du fidéicommis (2).

Il reste aussi que, si un fidéicommis est, par suite de l'extinction des agnats masculins, tombé en lignée féminine, le lien fidéicommissaire tombe par cela même et les biens reviennent de plein droit pour ce qui est de l'*aliénabilité* comme à tout autre point de vue à leur *nature originaire et libre*. « Quando (3) autem semel ad hujusmodi fideicommissorum successionem admissa (c'est-à-dire à des femmes), *ipsum fideicommissum evanescit* et *bona ista ad primævam suam naturam liberam redeunt* et *alienari* pos-

(1) Sans pourtant dénier à cette descendance féminine le *droit à l'héritage*. Ainsi Selchow dit expressément, *loco citato* : « *Licet* enim *omnes fœminæ a primo adquirente descendentes, jus* habeant *succedendi*, extincta gente masculina, *ordo* tamen successionis, secundum omnia jura quæ unquam in Germania obtinuerunt et etiam nunc obtinent, semper ab *ultimo defuncto* ducitur », et de même Pütter qui continue immédiatement après ce que nous en avons cité ci-dessus : « In *ordine* autem *succedendi* merito filia ultimi defuncti *præfertur* remotioribus ad hereditatem filiæ olim renunciatæ nunc *regressuris* vulgo *heredibus regredientibus*. »

(2) Par exemple Georg Everhard, professeur de droit à Ingolstadt, *Opp.*, t. VI, quæst. XLII (Augsburg, 1699).

(3) KNIPSCHILDT, *loco citato*, chap. VIII, n° 284, page 364.

sunt, quia *hoc casu cessat ratio prohibitæ alienationis* et *sic ipsa prohibitio*. Et paria sunt *non* esse causam et *eam esse finitam* per L. I, ff. de condit. sine causa, etc., et *qua ab initio valent*, si per eum perveniunt casum *a quo incipere nequeunt*, *vitiantur* » (Conférer à ce propos la discussion de cette règle des Pandectes, ci-dessus § 7, pages 301-314).

Si l'on cherche maintenant ce qui est donné dans ces passages, on voit que ce n'est pas autre chose que cette règle : si, par un changement de *fait*, l'ordre de succession au fidéicommis est aboli, *le droit de succession ab intestat de la famille du fondateur reprend toute sa vigueur*, et les biens en viennent à être transmis en héritage, et même partagés, suivant le *droit commun ab intestat*, entre les membres actuels de la famille d'un *égal degré de proche parenté* à l'égard de l'auteur du fidéicommis dans la *branche* qui, d'après l'ordre de primogéniture, avait été la dernière en possession du fidéicommis.

Mais si c'était déjà jusqu'ici le cas dans la jurisprudence de l'Empire pour ce qui concerne la disparition de *fait* de l'ordre de succession au fidéicommis, il faudra que cela soit vrai, pour le moins autant et plus, pour une disparition juridique de ces ordres de succession *dont l'effet est bien plus fort* — nous l'avons démontré partout (voir § 10) — et seul le manque total d'intelligence systématique a pu être cause si l'on a laissé ce fait passer inaperçu. Dans le cas de la disparition de *fait*, l'ordre de succession au fidéicommis disparaît du *fait* de la mort du dernier agnat possesseur fidéicommissaire ; il disparaît par conséquent seulement *au moment même de sa mort ;* et ce dernier le possède, *sa vie durant*, en vertu de l'ordre de succession encore *existant*. Il en est de même dans le cas de la prohibition *légale* de l'ordre de succession au fidéicommis, par quoi de telles déterminations de volonté sont considérées *désormais* comme inefficaces ; *le possesseur fidéicommissaire* à cette époque *meurt comme tel au moment de la promulgation de la loi* et *se succède par cela même à lui-même, en même temps que* ses frères et ses sœurs, en qualité de parents à égal de-

gré de l'auteur du fidéicommis et de la même branche que lui ; il n'a aucun avantage sur ces derniers ; il est *héritier ab intestat* des biens devenus libres.

Tous les développements que nous avons faits sur l'abolition du fidéicommis valent encore plus simplement et encore plus incontestablement pour l'abolition des *fiefs*. En effet, on ne peut même pas tenter une discussion *sur ce sujet*, car le seul prétexte d'une telle contestation, la fausse thèse qui regarderait les biens comme la *propriété*, limitée par certaines charges, du possesseur, n'a jamais été avancée par personne en ce qui concerne le *fief* et ne pouvait pas non plus être avancée ici. Car s'il est reconnu que dans les *fiefs* le domaine direct appartient au suzerain, il est naturel qu'il ne reste pour le feudataire que l'*usufruit*, ce qui n'a jamais été contesté. Il faut simplement se garder d'argumenter comme suit : si une loi, par exemple la loi prussienne du 2 mars 1850, abolit le domaine direct du suzerain, ce dernier se réunit de lui-même à l'usufruit, et il s'ensuit, comme d'après la loi romaine, que l'usufruit, s'il est une fois réuni à la propriété, disparait de plein droit et que la propriété de l'usufruit se transforme en une propriété entière. Le principe est en effet très juste ; il faut simplement l'*appliquer* exactement. La *propriété de l'usufruit* devient, il est vrai, par l'abolition du domaine direct seigneurial, propriété *pleine et entière*, mais propriété de celui *qui avait jusque-là la propriété de l'usufruit*. Or, personne n'a jamais contesté que la *propriété de l'usufruit* des fiefs appartienne non pas au vassal, possesseur actuel, mais à sa *famille tout entière*. Et cela non plus ne *pouvait* être contesté : car dans le changement qui se fit au XIe siècle dans le système féodal, pour le *droit féodal lombard* par la loi même, pour le *droit féodal allemand* par la *coinvestiture*, transmettant la propriété de l'usufruit à la *famille tout entière*, à la descendance comme aux agnats, il fut accordé à ces derniers le droit de « révoquer » et de « rétracter » le fief en cas d'aliénation de la part du vassal (1), etc.

(1) Voir II, F. 26, § 13; II, 37, 50 ; II, F. 39 ; II, F. 83. EICHHORN,

Et par cela même, ceux qui regardent les fidéicommis comme la propriété du possesseur, limitée par certaines charges, accordent sans hésiter, quand il s'agit des fiefs, la *propriété de l'usufruit* à la famille *tout entière*, par exemple Dieck, *loc. cit.* (1) : « Dans le passage du droit souabe que nous avons fait connaître, il est dit expressément que les *cofeudataires allemands*, ou ce qui pour nous est la même chose, les *titulaires allemands de la propriété indivise*, avaient le même droit sur le bien commun et que pas un n'avait le pouvoir de disposer seul de la chose sans l'assentiment des autres. » « Comme il ressort de ce texte, ce que nous avons dit plus haut au sujet de la disposition *substantielle* de la chose, s'applique aussi à l'*usufruit* de cette chose. Car l'usufruit aussi est *commun* et personne ne peut, même à ce point de vue, disposer de la chose commune sans l'assentiment des autres. C'est seulement alors qu'a eu lieu ce qu'on appelle « Mutschirung » ou « Oerterung », ce qui demande de nouveau l'assentiment unanime, que chacun peut prendre les dispositions particulières qu'il veut au sujet de la part matérielle qui lui a été *attribuée*, mais cela seulement pour la *durée* de la « Mutschirung », et relativement à l'usufruit, malgré l'*indivision* qui dans ce cas *demeure existante*. »

Par conséquent, comme la *propriété de l'usufruit* appartient, quand il s'agit des fiefs, à *toute la famille*, cette *propriété de l'usufruit*, par la suppression légale du domaine éminent seigneurial, devient de plein droit propriété pleine et entière, mais aux mains de celui *qui* est la véritable personne juridique qualifiée pour *cette propriété de l'usufruit*, c'est-à-dire aux mains de *toute la famille* du premier acquéreur. Et si maintenant l'*ordre de primogéniture*, suivant lequel les membres de la famille se succèdent par suite de la coinvestiture ou du droit féodal dans l'exercice

Deutsche Geschichte, IIe partie, § 259, note C ; *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, § 359 ; ZACHARIA, *Handbuch des sächsischen Lehnsrechts*, §§ 161, 662.

(1) Art. *Dominium*, page 494.

de ce droit d'usage commun, *est aboli*, cela ne peut arriver que par le fait que ce droit de propriété, devenu maintenant *total*, mais encore *lié* par cet ordre de succession qu'il faut abolir et qui appartient *aux membres vivants d'un égal degré de parenté à l'égard du premier acquéreur et de sa lignée*, au lieu d'être supprimé illégalement, *s'est réalisé et a reçu une exécution individualiste*. En d'autres termes, il faut considérer le vassal féodal comme mort *en cette qualité* à ce moment, et le regarder comme *celui qui hérite* suivant *le droit commun ab intestat* d'un *héritage libre*, devenu propriété pleine et entière par suite de la suppression du domaine direct ; par conséquent, il hérite en même temps que ses frères et sœurs, qui ont le même degré de parenté que lui à l'égard du premier acquéreur ; les agnats éloignés cependant ne peuvent faire passer leur exclusion pour une atteinte à leurs droits ou pour un effet rétroactif, car ils ne sont pas dans la même situation que les frères et sœurs du vassal possesseur du fief, et ils ne sont pas exclus du partage uniquement par suite de l'*abolition de l'ordre de succession*, mais ils sont évincés et exclus par le *droit d'héritage* qui est, en premier lieu, dans la possession de ces derniers.

III. — Obligations dérivant des délits. La « Culpa aquilia » et la « Culpa » dans les contrats. La classification romaine des obligations.

Jusqu'ici l'opinion était restée incontestée qui voulait que les obligations dérivant de délits fussent jugées dans tous les cas d'après la loi en vigueur à l'époque où le délit avait été commis. Mais quelle serait la valeur d'une démonstration scientifique, développée par tout le système du droit et dont chaque pas s'appuie sur l'expérience de tous les temps, qui n'aurait pas la force d'écarter des préjugés encore si répandus aujourd'hui ?

La suite des considérations décisives ici est la suivante : Le fait d'acquérir un droit à des dommages et intérêts par

suite d'un délit *ressort uniquement de la loi comme telle.* Ce serait pousser la fiction jusqu'à l'absurde que de dire : si quelqu'un me casse le bras, c'est que, par là, il veut me stipuler telle et telle revendication de dommages et intérêts. Sa volonté était bien plus sûrement de me *blesser*, tout simplement, et non pas de me procurer un profit quelconque. L'*indemnité* est uniquement une suite imposée par la loi à cette action. Mais même en dépit d'une telle fiction, jamais le droit de l'ayant droit à un dédommagement ne pourrait être un droit acquis, car c'est tout simplement la suite d'une *souffrance* qui n'a pas été voulue par la moindre action volontaire, pas même latente, *de sa part* ; ce droit ressort donc de la *loi* comme telle ; il est *légal.*

Mais l'application de la loi est survenue par l'intervention d'un acte volontaire et libre de la personne qui a commis le dommage, acte dont elle aurait pu se dispenser ; elle en connaissait en effet les suites légales ; on ne peut donc jamais — et c'est la conséquence logique de ce que nous venons de dire — imposer à une personne qui a causé un préjudice quelconque des dommages et intérêts par le fait d'un acte qui, à l'époque où il a été commis, *ne donnait pas légalement lieu à une telle revendication* ; de même les revendications de dommages et intérêts élevées contre cette personne ne peuvent être *plus considérables* que cela n'était possible d'après la loi en vigueur à cette époque.

Il n'en est pas autrement des délits criminels, et de l'obligation civile des dommages et intérêts qui en résulte, que des délits frauduleux. Car l'idée n'est pas ici que l'obligation légale de dommages et intérêts intervient par suite d'un *acte volontaire* comme tel, mais par suite d'une *détermination parfaitement libre* (1) de ne pas vouloir *dans des conditions où la volonté* normale peut et doit vouloir (2).

(1) Cf. ci-dessus « Théorie de l'erreur », etc.

(2) C'est pourquoi il ne résulte en droit romain *aucune* obligation

L'obligation dérivant des délits et des quasi-délits est donc toujours, quant à celui qui y est astreint, la suite d'un *acte de sa propre volonté* (quand bien même — et il faut maintenir ceci — ce ne serait pas une suite *voulue*, mais une suite *légale* de cet acte) ; et, par conséquent, la position de la personne agissante ne peut pas être changée à son désavantage par une loi ultérieure (§§ 1 et 12).

La position de l'ayant droit est au contraire toute différente.

Il est passif en face du préjudice ; sa revendication n'est donc pas un produit de l'acte de sa volonté individuelle et l'on ne peut présenter le fait d'avoir subi un préjudice comme une acceptation tacite de revendications de dommages et intérêts ; la personne qui a causé le dommage n'avait pas la volonté tacite de le réparer, et la personne à qui le dommage a été causé n'était pas consentante ; il n'y a par conséquent pas loi d'acceptation.

La revendication de la personne qui a subi le dommage n'est donc qu'un droit légal, l'individu s'en saisit *en déposant sa plainte* et c'est alors seulement qu'il devient un droit *acquis*.

Il faudrait donc en tirer tout d'abord cette conséquence

pour les *furiosi, dementes* et *infantes*, c'est-à-dire pour des êtres qui ne sont pas en général capables d'une volonté raisonnable, et cela même alors qu'ils ont commis des actes illicites ; voir L. 5, § 2, D. *ad leg. Aquil.* (9, 2) ; Inst., § 18, *de oblig.* (4, 1), et VANGEROW, *Pandekten*, III, 39 et suiv. Cette disposition est aussi maintenue dans le droit français, de façon tout à fait logique, et l'obligation des dommages et intérêts n'atteint que les personnes chargées de leur surveillance ; voir POTHIER, *Obligat.*, n° 128 ; DELVINCOURT, III, 682 : FAVARD, V° délit et quasi-délit, n° 1 ; *Revue de législation*, 1846, I, 309. — Les prescriptions du Code prussien sont exactement identiques : Ire partie, tit. VI, § 39 : « Un dommage causé par des actions *involontaires* ne peut être imputé à la personne agissante » ; et, aux §§ 41 et 42, il est dit que l'indemnité due pour la réparation d'un dommage causé par des fous, des idiots ou des enfants doit être prise, tout au moins *principaliter*, sur la fortune des parents et de ceux qui en ont la garde.

que, une fois la plainte en dommages et intérêts déposée, la revendication de l'ayant droit ne peut plus être atteinte par une loi abolissant ou diminuant l'obligation. — Malheureusement, cela aussi serait erroné, et pour une seconde raison.

Toute loi abolissant l'obligation issue d'un délit ou d'un quasi-délit est toujours prohibitive à l'endroit de l'existence de cette obligation, c'est-à-dire prohibitive du fait de forcer l'individu, *contre sa volonté*, à des *dommages et intérêts* ; et par suite les lois conceptuelles développées au § 8 interviennent.

Nous avons vu ci-dessus (page 370) en étudiant le droit pénal, que l'abolition de lois prohibitives peut produire un contraste assez absolu pour qu'une action constituant antérieurement un délit puisse être considérée maintenant comme absolument légale et même conforme au devoir. Considérons, par exemple, le cas que nous avons cité plus haut : en procédant à une arrestation illégale, un fonctionnaire est blessé ou tué par la personne qu'il devait arrêter ; partout où la loi dit qu'il faut obéir provisoirement même aux ordres illégaux des autorités, le fonctionnaire ou sa famille pourra intenter une action en dommages et intérêts. Mais si la législation — peu importe que ce soit avant ou pendant l'instance — admet le principe — c'est le cas, par exemple, pour l'article de la Constitution de 1793 cité plus haut — que toute résistance à l'exercice par les autorités d'un pouvoir illégal est le droit le plus absolu du citoyen, et même un devoir pour lui, il n'est plus possible que des dommages et intérêts dérivant de cette action soient accordés ; car à l'époque du jugement, le sentiment public du droit reconnaît cet acte comme méritoire. Et cet exemple peut servir comme une *argumentatio ad hominem* qui tombe sous le sens pour démontrer l'inexactitude du principe qui veut que, pour les obligations dérivant de délits, on s'en rapporte toujours à la loi en vigueur à l'époque où le délit a été commis.

Le caractère *prohibitif* de la nouvelle loi ne réside pas

dans la bizarrerie de ce passage brusque du mal au bien, du délit au devoir. Il est toujours présent partout où une nouvelle loi, ne se contentant pas d'abolir la peine fixée comme conséquence d'une action délictueuse, abolit aussi la *revendication civile qui en dérive*, c'est-à-dire partout où la *latitude juridique laissée à l'individu* s'élargit assez pour permettre de regarder une action antérieurement défendue comme tombant pour ainsi dire au dedans de ses limites. Il n'y a plus alors, à l'époque du jugement, un délit, de l'existence duquel la condamnation puisse résulter (1). Les développements des §§ 7 et 8 sont donc exacts et, d'après la nouvelle loi, il n'y a absolument rien qui puisse encore être acquis par ce titre de droit et nous sommes en présence d'une loi prohibitive (2) de la première classe (page 268 et suiv.) qui, dès son entrée en vigueur, atteint toutes les situations réglées antérieurement tant que le *titre spécial de l'acquisition y entre en ligne de compte*.

L'instance en cours ne peut soulever de difficulté : en effet, comme nous l'avons déjà vu, tous les droits acquis du fait de cette instance ou du fait d'autres actes volontaires et individuels ne sont acquis que jusqu'à l'époque où entrent en vigueur de telles lois prohibitives.

(1) Naturellement ce que nous disons s'applique aussi bien aux délits proprement dits qu'aux actions quasi-délictueuses et à la diminution *quantitative* des dommages et intérêts aussi bien qu'à leur abolition *qualitative* produite par la nouvelle loi, si par exemple au lieu du *quanti interest* il ne faut plus réparer que le *damnum emergens*, ou au lieu du dommage indirect le seul dommage immédiat, etc. Ces déterminations quantitatives de dommages et intérêts se présentent d'elles-mêmes comme des abolitions *qualitatives* de l'obligation déterminée de dommages et intérêts dérivant de certains actes.

(2) Si nous parlons ici de lois prohibitives, il est sous-entendu que cette loi prohibitive n'a pas besoin d'être expresse. La suppression d'une loi existante déterminant des dommages et intérêts ou la consécration de nouveaux principes de droit, dont la conséquence est d'abolir les anciens principes sur lesquels était fondée la réclamation de dommages et intérêts, contiennent en elles, nécessairement et totalement, la négation juridique dont nous parlons.

Il nous faut simplement montrer ici *jusqu'où* s'étend le contenu prohibitif de la nouvelle loi.

Si l'on fait abstraction des actes qui ne peuvent être l'objet d'un contrat, l'on voit que la prohibition ne va pas jusqu'à dire qu'*il n'y a pas lieu* à des dommages et intérêts ; mais elle veut — ce que nous avons déjà mis en lumière — qu'ils ne soient pas imposés à l'individu *contre sa volonté*, comme conséquences de la *seule et unique loi*. La prohibition contenue dans l'abolition de la loi d'interdiction est donc dirigée uniquement contre l'existence de l'obligation *ex lege*, et non contre son existence *ex contractu*.

L'instance en cours *ne* pourrait donc *pas* être écartée par une nouvelle loi, abolissant le caractère délictueux de l'action, si l'action en dommages et intérêts était fondée non pas sur la seule loi, mais aussi sur un *engagement volontaire* de l'individu qui a causé le dommage. Car la prohibition contenue dans la nouvelle loi (ou dans l'abolition de la loi antérieure) ne se tourne en aucune façon contre *cet engagement ;* et, par conséquent, le droit acquis par la disposition de la plainte subsisterait.

Cependant, le droit acquis ne serait pas conféré seulement par la déposition de la plainte, mais déjà auparavant par l'acceptation tacite ou expresse de cette obligation volontaire. En d'autres termes : nous venons de développer la raison pourquoi il faut toujours s'en rapporter, pour la *culpa* dérivant de la non-observation d'un contrat et pour la réclamation de dommages et intérêts qui s'ensuit, à la *loi en vigueur à l'époque du contrat*, tandis que pour la *culpa* indépendante (aquilienne) on peut s'en référer à la loi ultérieure en vigueur à l'époque de la plainte, et même du jugement.

Car il faut considérer, par la conclusion d'un contrat, la question de savoir quelles diligences les parties ont à se prêter mutuellement, pour quelles actions ou entreprises elles s'obligent à des dommages et intérêts l'une envers l'autre, comme résolue par une disposition volontaire tacite, et comme si les dispositions légales en vigueur sur ce

point avaient été inscrites expressément dans le contrat (1).

Cette distinction entre la *culpa* indépendante et la *culpa* qui s'est glissée dans les relations fondées sur un contrat se justifie par l'ensemble de notre théorie, et, de plus, par l'impossibilité de supposer que les parties, en faisant leur contrat, n'aient eu aucune volonté au sujet de leurs droits et de leurs devoirs réciproques dans leur nouvelle situation. Elle est enfin démontrée par le fait suivant : si une faute a été commise contre les dispositions réglées par un contrat, si cette faute est même assez grave pour donner lieu — en faisant abstraction du contrat — à une revendication fondée en droit, il est cependant loisible à l'ayant droit de ne pas recourir à une action aquilienne, mais simplement d'entrer en conciliation au sujet de la plainte dérivant de la non-observation du contrat (2) : fait qui met en évidence le renversement produit par la situation résultant d'un contrat, car les déterminations légales sont changées en déterminations de la volonté des parties contractantes.

Notre démonstration même montre en même temps que ce que nous venons de dire — nous l'avions déjà fait remarquer plus haut — ne vaut que pour des actes au sujet desquels il est loisible aux *individus* de pactiser ; ce n'est en effet que dans ce genre d'actes que la disposition tacite ou même expresse de la volonté des parties pour savoir si, oui ou non, elles s'obligent à des dommages et intérêts réciproques, entre en ligne de compte (3). Si par conséquent,

(1) C'est donc avec raison, à cause de cette distinction constitutive, que le Code prussien traite de la *culpa* aquilienne et de la *culpa* dérivant de la non-observation de devoirs créés par un contrat, en deux endroits bien distincts, de cette dernière dans la partie I, tit. V, §§ 277-291, et de la première dans la partie I, tit. VI.

(2) Voir Koch, *Lehrbuch*, tome I, § 142 ; Hiersemenzel, *Vergleichende Uebersicht des römischen und preussischen Privatrechts*, I, 133.

(3) Cf. par exemple, Code prussien, tit. V, partie I, § 298 sur la peine dérivant de conventions : « Si une amende a été stipulée pour un acte qui ne pouvait être l'objet d'un contrat, la convention est nulle et non avenue, tout au moins en ce qui concerne l'amende. »

d'après la nouvelle loi, l'acte, d'un côté, ne peut pas obliger à des dommages et intérêts, *si, d'autre part, il est en même temps tel qu'il ne puisse être l'objet d'un contrat*; toute revendication tombe nécessairement, quand bien même l'acte ou l'entreprise causant le dommage eût été accompli au mépris de règles fixées par un contrat.

Nous avons épuisé dans ses grandes lignes la question de savoir si les délits frauduleux ou criminels doivent, relativement à l'obligation qui en ressort, être jugés d'après les lois en vigueur à l'époque de l'action, ou à l'époque de la plainte, voire même à l'époque du jugement, et dans quels cas il en est ainsi. Si l'on cherche les motifs de l'erreur généralement répandue jusqu'ici et qui veut qu'on s'en rapporte toujours, en ce qui concerne les obligations dérivant de délits, aux lois en vigueur à l'époque de l'action, on voit surtout, entre autres causes, le fait que partout en droit romain les obligations dérivant des délits sont rapprochées des obligations dérivant des contrats. On oublie seulement que ce rapprochement n'est pas une *assimilation*, mais bien une *opposition*.

La division romaine des obligations en obligations *ex contractu*, *ex quasi contractu* et *ex delicto* porte en elle-même l'idée réelle, bien que cette idée ne se présente pas encore sous une forme qui lui soit clairement perceptible à elle-même. Elle repose précisément sur les deux idées *antithétiques* de l'obligation par le fait de la détermination propre de la *volonté* des parties contractantes et de l'obligation par la *loi*, division par laquelle, plus tard, les obligations dérivant de la *volonté supposée* de la personne — les obligations *quasi ex contractu*, voir ci-dessus § 2, C. — sont considérées à juste titre comme une extension des obligations *ex contractu*. Comme l'idée de cette division n'est pas encore devenue clairement transparente pour elle-même, elle se présente encore avec une apparence très superficielle. Il n'y a rien de plus superficiel et de plus gauche que cet argument qu'on rencontre partout dans les sources du droit romain : puisque telle obligation ne ressort ni *ex contractu*,

ni *ex delicto*, il faut qu'elle dérive *quasi ex contractu*, ou puisqu'elle n'est pas *ex contractu*, il faut qu'elle soit *quasi ex delicto* (1). Mais cela tombe toujours juste : c'est en effet l'idée que nous avons développée qui forme le principe fondamental et toujours maintenu (2) dans les applications pratiques de la division des obligations. Si l'on considère de plus près cet argument qui revient perpétuellement : « Une obligation qui n'est pas issue *ex maleficio* est nécessairement issue *ex contractu* et réciproquement » on voit qu'il y a au fond précisément la conscience de l'*antithèse directe* où se trouvent placées les deux sortes d'obligations, et c'est précisément cette *opposition* qui, comme nous l'avons dit, doit avoir pour suite nécessaire, en cas de changement de loi, de faire traiter d'une façon absolument opposée les obligations dérivant de délits, qui comme telles ne ressortent que de la loi, et les obligations dérivant de contrats. D'ailleurs les sources du droit romain sont elles-mêmes très loin de partager l'erreur que nous avons critiquée. La décision suivante d'Ulpien peut nous en fournir la preuve (3). Si un esclave blessé à mort est affranchi, puis fait héritier et qu'il meure ensuite, son héritier ne peut in-

(1) Par exemple, Inst. pr. *de obligat.* (3, 27) : « Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, *quia non ex maleficio* substantiam capiunt, *quasi ex contractu* nasci videntur » ; et au même endroit, §§ 3 et 5, ou Inst. pr. *de oblig. quæ quasi*, etc. (4, 5) : « Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed *quia neque ex contractu* obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur *quasi ex maleficio* teneri. »

(2) C'est ainsi, par exemple, qu'on regarde avec raison et logique l'obligation de l'héritier envers le légataire comme une *obligatio quasi ex contractu* (cf. à ce sujet ce que nous disons des droits de succession) ; toutefois on ne développe pas cette conséquence à l'aide de la nature interne de la matière, mais — quia *ex maleficio non est obligatus* (!!) heres, quasi ex contractu debere intelligitur. Inst., § 5, h. t. (3, 27).

(3) L. 15 *ad Leg. Aquil.* (9, 2) : « Sed si vulneratum mortifere li-

tenter une action aquilienne. *Quia*, ajoute la *Lex* 16 de Marcien, « in eum casum res pervenit *a quo incipere non potest* » (1). Si l'on se rapportait pour l'obligation dérivant d'un délit, comme pour l'obligation dérivant d'un contrat, à la loi en vigueur à l'époque de l'action, il faudrait que la revendication aquilienne acquise par le maître et transmise par lui à l'esclave et à l'héritier de ce dernier pût être poursuivie après comme avant. Mais par suite du changement de fait intervenu, à savoir : l'affranchissement, le cas de l'obligation aquilienne à des dommages et intérêts — l'action de tuer un *esclave* — n'existe plus actuellement à l'époque de la plainte, et voilà pourquoi l'action ne peut être intentée. La réclamation tombe par le fait de l'affranchissement.

Le fait que l'abolition *juridique* de l'obligation aux dommages et intérêts doive en tous cas avoir des suites plus importantes que l'abolition *de fait* ressort naturellement de nos recherches antérieures (§ 10).

IV. — Enfants naturels.

Une controverse extrêmement vive a été causée par l'article 340 du Code civil, qui dit que : « La recherche de la paternité est interdite. » Merlin pense en toute franchise que cette loi ne peut s'appliquer en aucune façon aux enfants naturels nés avant la publication du Code civil (2). Mais il est presque seul parmi les Français à professer cette

berum et heredem esse jusseris, deinde decesserit, heredem ejus agere Aquilia non posse. »

(1) Voir ci-dessus, page 302 et suiv.

(2) *Répertoire de jurisprudence*. V° Effet rétroactif, section III, § 2, article 7, 5e partie, page 550 et suiv. L'avis de Merlin fut suivi, à l'introduction du Code Napoléon au duché de Bade, par les lettres patentes grand-ducales qui, au § 7, limitaient expressément l'application du chapitre sur les enfants naturels aux enfants qui n'étaient pas encore nés.

opinion. Meyer (1) veut, par cet article de loi, arrêter toute plainte non encore déposée ; et c'est dans le même sens qu'est rendu le jugement de la Cour de cassation de Paris, daté du 6 février 1833 (2). Struve (3) admet que l'article en question doit être appliqué aussi, littéralement, aux enfants naturels déjà nés ; mais précisément à cause de cela, il l'attaque violemment comme ayant un effet rétro actif. Bergmann (4) admet que cette interdiction de la recherche de la paternité est applicable à tout procès commençant après le jour où cette interdiction a été prononcée mais non à un procès déjà commencé. La même restriction est faite par Weber (5).

Savigny (6) est d'avis qu'on a injustement attaqué cette loi, comme produisant un effet rétroactif inique et qu'on l'a tout aussi injustement défendue d'avoir pour objet une condition personnelle en soi. Cette loi, tout en interdisant la recherche de la paternité et en enlevant, par conséquent, à l'enfant naturel, la possibilité d'élever des revendications contre son père, sauf le cas de reconnaissance volontaire, se justifie, dit-il, en ce qu'elle est liée à des fins morales et comme telle « il faudrait l'appliquer *immédiatement* sans avoir égard à la loi en vigueur au temps de la procréation ou de la naissance de l'enfant ». Savigny ne nous explique pas s'il entend — à la différence des auteurs que nous venons de citer — appliquer par cet « immédiatement » cette loi aux actions déjà intentées. Logiquement et réellement il ne peut y avoir aucun doute à ce sujet. Quelle que soit l'opinion qu'on puisse avoir sur l'application de cette loi, il n'y a aucune différence entre la plainte déposée et la plainte non déposée d'un enfant né avant la promulgation

(1) *Principes sur les questions transitoires*, p. 206 et suiv.

(2) Sirey, *Recueil*, 33, I, 220

(3) *Ueber das positive Rechtsgesetz*, etc., page 233.

(4) *Loco citato*, page 289.

(5) Sur la rétroactivité, etc., pages 80 et suiv., 138 et suiv. C'est aussi l'opinion de Lassaulx, *Annales*, I, 272.

(6) *Loco citato*, VIII, 527 et suiv.

de la loi. L'article 340 du Code civil interdit littéralement aussi bien de continuer la recherche de la paternité — dans le cas où celle-ci aurait été commencée et non terminée — que d'intenter une action dans le même but. Il ne peut pas y avoir non plus de différence dans les deux cas pour ce qui regarde la légitimité de la loi. Car le droit de l'enfant né sous le régime de l'ancienne loi est acquis déjà par le fait de la naissance aussi bien que par la production de la plainte. L'erreur des écrivains qui font une différence entre ces deux cas est de concevoir la chose, comme s'il s'agissait uniquement des droits légaux de l'enfant, et de ne pas prendre garde que les *qualités* de la paternité et de la filiation, — étant conditionnées par le droit familial, — car il faut, en raison des biens naturels du sang, ranger dans le droit familial, même pour les enfants naturels, les lois qui reconnaissent la paternité et les droits qui en ressortent, — forment, elles aussi, des droits acquis (voir ci-dessus § 2, A, et pages 327-334), comme si l'on s'en saisissait par un acte volontaire individuel, à quoi elles se résolvent, du reste, en dernière analyse (1).

Quant à la décision même de cette question, si la difficulté n'en était que celle dont s'occupent Savigny et ses prédécesseurs, elle résulterait du § 7, sans plus.

Nous avons affaire ici à une loi prohibitive de la première classe (voir pages 266 et suiv.), et, par suite, à partir de la publication de cette loi, les droits de tous les enfants naturels déjà nés seront aussitôt abolis. Il ne peut, dans ces conditions, être parlé de rétroactivité sous prétexte que ces droits ont été acquis en vertu du droit de famille, car des droits acquis par contrat le cèdent, comme nous l'avons déjà vu, à une loi de cette espèce.

Mais la difficulté réelle et véritable de l'article 340 du Code civil, Savigny et ses prédécesseurs l'ont malheureusement laissé passer sans y faire la moindre allusion. Elle

(1) De là la règle de droit romain : « Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt. » L. 8, *de reg. juris* (50, 17).

réside dans ce fait que les enfants naturels déjà nés ne perdent pas seulement *à partir d'aujourd'hui* leurs droits à une pension alimentaire, de même que les usuriers cessent *dès la promulgation* de la loi sur l'usure d'avoir droit aux intérêts plus élevés, stipulés par des contrats antérieurs; mais, puisque maintenant la recherche de la paternité est interdite, les enfants naturels perdent aussi le droit qu'ils avaient à la pension alimentaire *échue* avant l'apparition de cette loi, puisqu'on ne peut plus intenter d'actions de cette espèce. Il y a donc ici quelque chose de tout différent et qui va beaucoup plus loin que dans la loi sur l'usure, où, comme nous l'avons vu, les intérêts plus élevés que le taux légal actuel échus jusqu'au jour de l'apparition de la nouvelle loi peuvent et doivent toujours pouvoir donner lieu à une action juridique.

La question se pose donc de savoir si l'on peut trouver une rétroactivité dans cette considération (1) que l'on avait jusqu'ici laissé passer inaperçue. — Il semble d'abord que ce soit indubitable. En effet, cette loi ne supprime pas seulement la persistance du droit antérieur à la pension alimentaire, mais elle rend impossible la poursuite de réclamations qui, à l'époque de l'ancienne loi et se trouvant, par conséquent, d'accord avec la norme juridique de cette époque, pouvaient s'élever en réalité (cf. §§ 7 et 10). Et si l'on faisait l'objection qui consiste à dire que la loi n'a pas aboli la revendication, mais bien l'action en revendication, cela ne changerait rien à l'affaire. Il y aurait bien plus visiblement encore que dans le cas contraire rétroactivité absolue : les réclamations ayant à l'origine force de coercition civile seraient alors tardivement réduites à n'être, par le

(1) Il ne faut pas identifier ce point de vue avec la distinction qu'on peut faire entre la plainte déjà déposée et la plainte qui n'est pas encore déposée. En effet, quand bien même on n'aurait pas encore déposé de plainte avant l'apparition de cette loi, les revendications à la pension alimentaire, antérieures elles aussi à la loi, ne s'en seraient pas moins produites.

fait d'une loi ultérieure, qu'une simple obligation de la volonté naturelle (cf. p. 153-166 et § 11).

Seulement il faut constater, après un examen plus attentif, que l'article 340 du Code civil ne détruit ni la *revendication* ni l'*action*. Tout son effet est au contraire de déclarer absolument inadmissibles une ou quelques sortes de *preuves* dans une sphère déterminée du droit ; il en résulte ce que nous avons développé page 285 et suiv. L'article 340 se résout en un article qui décide « qu'on n'admettra plus d'autre preuve de la paternité que la preuve par un acte authentique ou par un acte de naissance » (par *reconnaissance*, cf. art. 331 du Code civil). Du fait que l'article 340 ne détruit ni revendication, ni action, résulte clairement ce qui suit : si, au cours d'un procès pendant à l'apparition de la nouvelle loi, la paternité a été déterminée par un arrêt interlocutoire, cette nouvelle loi n'empêchera *absolument pas* l'attribution d'une pension alimentaire ; la recherche de la paternité est bien interdite ; mais il a été décidé par un jugement de la Cour de cassation de Paris daté du 13 juillet 1826 qu'il n'y avait pas *recherche de la paternité* dans le fait pour les juges de déclarer que la paternité était constatée par des actes officiels.

Toutefois l'enfant n'a pas, du fait de sa naissance, de droit acquis aux témoignages ou aux preuves écrites, si la loi déclare cette démonstration abolie, non pas dans certains cas ou sous certaines conditions, mais toujours, dans une certaine situation juridique ; et il ne faut pas voir là de rétroactivité ; cela ressort d'ailleurs de ce que nous avons dit pages 285-288.

V. — Lois interprétatives ; lois sur la simulation ; sanction juridique de lois morales ; abrogation de lois comme conséquence nécessaire de la promulgation d'autres lois ; abolition de lois « verbis aut factis ». Les lois du 5 brumaire et du 17 nivôse an II. La Constitution prussienne et la cour royale suprême.

Les auteurs et la jurisprudence reconnaissent unanimement que les lois interprétatives entrent en vigueur, non pas du jour de leur promulgation, mais à partir de la promulgation de la loi qu'elles interprètent. Cette rétroactivité des lois interprétatives, qui n'a jamais été l'objet du moindre doute, a moins besoin d'une nouvelle justification que d'une constatation exacte de ce qu'elle implique.

Si la loi interprétative contenait quelque chose de *nouveau*, quelque chose d'*autre* que la loi interprétée, ce serait une loi *nouvelle* au lieu d'une loi interprétative, et les auteurs sont également d'accord sur ce point qu'il ne faut pas alors lui donner d'effet rétroactif. Cela résulte du motif même qui a fait attribuer aux lois interprétatives cette qualité rétroactive; c'est que de telles lois ne prescrivent *rien de nouveau* et ne font que revenir sur ce qui a déjà été dit; cf. par ex. Gayl (1) : « Constitutio quando juris antiqui *declaratoria* est, concernit etiam præterita... et est ratio quod is qui declarat, *nihil novi* dat », comme le dit (2) déjà Ulpien (3).

Mais d'autre part, si la loi interprétative ne disait que ce qui était reconnu unanimement avant son apparition par les tribunaux du pays au sujet de la loi à interpréter, le besoin ne se ferait aucunement sentir d'une telle loi interprétative et l'on n'en promulguerait pas.

Ces lois sont au contraire causées et motivées, en règle générale, par les controverses de la justice.

Ce qui est donc impliqué par cette rétroactivité légitime

(1) *Observat. practicæ*, lib. II, obs. IX, n° 6.
(2) L. 21, §§ 1 et 2, *qui testam. fac. poss.* (28, 1).
(3) Cf. novelle 19 et 12. — Voet, *in Dig.* tit. *de legib.*, n° 17 et al.

des lois interprétatives au temps de la loi interprétée est ceci : la prescription légale contenue dans une *loi*, *en soi* et non de façon expresse, entraîne pourtant, si l'on en vient à la déployer, son droit à la réalité, forcément inhérent à l'idée de droit, à dater du jour où cette prescription existait *en soi* dans la législation.

On voit clairement que cet « en soi » est tout différent de celui que nous considérions au § 10 (p. 335-338); on voit aussi pourquoi il est différent et que par cela même il doit entraîner des suites beaucoup plus importantes. Il s'agissait alors de ce qui est contenu *en soi* dans l'*idée de droit*, il s'agit ici de ce qui est contenu *en soi* dans la *loi*.

L'idée du droit contient dans son idéalité même ce qui n'est pas encore devenu *réalité*, c'est-à-dire *droit*, et qui *se dégage d'elle* seulement au cours de son développement historique. Est *en soi* dans l'idée de droit ce qui *n'est pas encore posé*, et ne peut, par conséquent, prétendre à la réalité et l'obtenir qu'à partir du moment où il est posé.

Mais l'*en soi* dont nous parlons maintenant est déjà *posé*, puisqu'il est contenu dans la *loi ;* il réclame par conséquent sa réalisation comme un moment déjà posé de l'idée de droit ; comme il est contenu *en soi* dans la loi même, il est déjà devenu réalité légale objective (il a été déjà posé objectivement) et son déploiement n'a pas le sens d'un *développement objectif* — établissement de quelque chose qui n'existait pas auparavant ; — elle ne fait que reconnaître la *conscience subjective* de ce qui existait déjà objectivement.

C'est simplement la pensée qui se manifeste dans le principe de droit romain : *Eadem vis inest tacitis atque expressis*.

C'est sur cette pensée que repose également la L. 5 (1) promulguée par Théodose II, décidant que la nullité de l'action défendue par une loi prohibitive résultait naturelle-

(1) L. 5 C. *de legibus* (1, 14).

ment de cette loi même, que cette nullité soit déclarée expressément par la loi, ou non (1).

Enfin, c'est encore sur cette même pensée que repose la conséquence suivante: si une loi défend certaines actions déterminées, les actions non interdites par cette loi, mais qui n'ont été entreprises que dans le but de la tourner, c'est-à-dire dans le but de cacher les actions défendues expressément par la loi, doivent être nulles. Il s'ensuit que, si une certaine espèce d'actions est défendue par une seconde loi, parce qu'elles représentaient une *simulation* dirigée contre la prohibition de la première loi, les effets de cette seconde loi doivent se faire sentir jusqu'à l'époque de la promulgation de la première loi, et les actions entreprises entre les deux lois et reconnues maintenant pour simulées doivent être nulles.

Il y a un cas très clair de cette espèce dans deux lois d'Anastase et de Justinien. Anastase avait défendu (2), pour obvier à l'abus très répandu alors de l'usure processive, de céder des titres de créances au-dessous de leur valeur nominale à cause de leur incertitude. Il fallait que le vendeur pût, malgré la cession, exercer les actions, jusqu'à ce que la valeur nominale totale lui eût été payée.

(1) Ce serait une erreur de croire que c'est là une prescription particulière du droit romain et que le principe contraire très courant chez les juristes modernes, qui ne veut pas accepter la nullité si elle n'a pas été ordonnée expressément par la loi, s'y oppose. Ce dernier principe est également juste, mais seulement pour des lois prohibitives dirigées contre la *forme* des actions, tandis que le principe de Théodose ne vaut que pour des prohibitions *matérielles*. Ces deux principes ne s'opposent donc qu'en apparence. — La distinction conceptuelle de prohibitions *formelles* et de prohibitions *matérielles* a été développée aux §§ 7 et 10 avec un détail tel que, si l'on réfléchit tant soi peu à ce que nous avons dit alors, il suffit de cette indication pour que s'ensuive immédiatement à nos yeux et avec nécessité, la *conséquence* constatée ici. Il suffira par conséquent de faire remarquer que c'est par là qu'on peut écarter l'erreur de Savigny (*System*. I, 239).

(2) L. 22, C. *mandati* (4, 35).

Seules quelques espèces de cessions furent exceptées de cette prohibition : les cessions entre cohéritiers, les cessions faites en paiement d'une dette, etc., mais surtout les cessions par *donation*. « Sin autem *per donationem*, dit Anastase, cessio facta est, sciant omnes, hujusmodi legi locum non esse, sed antiqua jura esse servanda, etc. »

Mais alors on tourna la loi en cédant par une donation une partie de la créance et en vendant l'autre partie à sa valeur nominale.

C'est contre ces tentatives d'éluder la loi que Justinien s'élève (1). Puisque ceux qui font des procès leur métier, dit-il (qui circa lites morantur), n'ont pu souffrir que la prescription bienfaisante d'Anastase reste inviolée (in sua natura remanere minime concesserunt) mais qu'ils ont trouvé une machination leur permettant de céder une partie de la créance contre titres de vente, mais l'autre partie *per coloratam donationem*, il veut venir en aide à la constitution d'Anastase et prescrit à cette fin qu'il ne sera permis à personne de donner une partie d'une créance pour vendre l'autre. Bien plus, le débiteur n'avait plus besoin que d'acquitter la partie vendue et était affranchi du reste de la créance. Et si quelqu'un simulait une donation de la somme totale, tout en recevant en secret de l'argent pour cette donation, le débiteur n'avait besoin que de s'acquitter de cet argent réellement payé et était quitte du reste.

C'est alors que Justinien déclare expressément : *au point de vue légal strict,* ce remède devrait s'appliquer pour les débiteurs rétroactivement jusqu'à l'époque de la *lex Anastasia,* qui avait été si habilement tournée. Mais afin de ne pas paraître autoriser une prescription très dure au milieu de la grande douceur de son gouvernement, il limite l'effet de cette loi aux cas futurs : « *Et justum quidem fuerat,* hoc remedium debitoribus ab Anastasianis temporibus impertiri, et quibus etiam lex data est, quam homines astute lacerandam esse existimaverunt. Sed ne videamur in tanta

(1) L. 23 *eod. tit.*

temporum nostrorum benevolentia aliquid acerbius admittere, in futuris post præsentem legem casibus hæc observari censemus, etc. »

Précisément parce que Justinien ne fait pas un usage pratique de ce qu'il tient ici pour juste, on peut d'autant moins disconvenir qu'il n'est pas ici sous l'influence d'impulsions arbitraires, mais qu'il n'exprime dans le *justum quidem fuerat* que son *sentiment théorique du droit.* Et Struve lui-même, auteur qui a pour habitude de trouver dans toutes choses une rétroactivité, déclare ici (1) : « et moi aussi je crois que cette façon d'envisager les choses (c'est-à-dire le fait de donner aux désavantages exprimés dans la loi de Justinien un effet rétroactif sur toutes les donations de cette nature entreprises par simulation) est la *véritablement juste au point de vue juridique* », concession à laquelle nous reconnaîtrons bientôt qu'il faut apporter une restriction.

Mais si nous nous demandons tout d'abord quelle est *théoriquement le fondement* réel, aussi bien de ce qui est dit sur la simulation dans cette ordonnance de Justinien, que de la loi de Théodose mentionnée plus haut, l. 5, C. *de legibus* (1, 14), nous voyons qu'il faut évidemment le chercher au § 7. Il est en effet indiqué dans les développements que nous avons faits alors (cf. p. 213 et suiv. et p. 314, remarque 2) sur les rapports de la volonté individuelle et de la substance du droit. Comme il y a là une loi prohibitive, la conscience générale du droit se comporte négativement à l'égard du contenu de fait — qu'elle exclut — de certaines actions. Ce contenu ne peut donc pas passer dans la sphère du droit, il ne peut atteindre ni à une réalisation ni à une validité légale, quelle que soit la forme qui recouvre ce contenu de fait. Si maintenant une loi ultérieure reconnaît dans une série d'actions, qui jusqu'ici n'étaient pas formellement interdites, une *simulation* dirigée contre cette loi prohibitive, la seconde loi a d'elle-même la nature d'une loi déclarative ou interprétative. Ce qui était certain déjà vient

1) *Das positive Rechtsgesetz*, etc., p. 58.

d'*apparaître* clairement maintenant, à savoir que l'action déjà entreprise n'est pas seulement maintenant, mais a été déjà, à l'époque de la loi prohibitive, en opposition avec la conscience générale du droit, qu'elle était déjà par là *en dehors de l'existence juridique, qu'elle était donc totalement inefficace*. La *lex Theodosiana* à laquelle nous avons fait allusion le met assez en évidence dès les premiers mots de l'introduction : « Non dubium est in legem committere *eum*, qui *verba* legis *amplexis, contra leges nititur voluntatem.* »

Mais il ressort précisément de cette justification conceptuelle la *restriction* qui limite l'effet de ces lois sur la simulation, et l'on voit alors que Justinien *ne pouvait pas* en effet étendre l'efficacité de la *lex 23* jusqu'à l'époque de la *lex 22*. Car ce qui résulte réellement de cet antagonisme — déclaré maintenant — de la conscience générale du droit et de l'action individuelle, ce n'est, d'après l'idée de droit, que la nullité de cette action individuelle, et dans le cas présent, la nullité de la cession par donation. Il est maintenant certain que cette cession était, dès son entreprise, totalement exclue par la volonté générale. Elle est donc complètement nulle, et, d'après l'idée même du droit, elle n'a jamais obtenu l'existence *légale*, qui n'existe que dans la conformité avec la volonté générale. Il faut donc la considérer comme si elle n'avait jamais été faite. Mais il y a quelque chose de plus, et des désavantages positifs *plus importants* n'en sont, d'après l'idée du droit, aucunement la conséquence nécessaire. Puisque la cession est considérée comme n'ayant pas été faite, il s'ensuit que la créance est encore, malgré la cession, au pouvoir du créancier originaire et que c'est à lui qu'appartient l'action — ce qu'en fait Anastase avait prescrit par la *lex 22*.

Si Justinien n'avait pas été *plus loin*, et s'il avait seulement prescrit de considérer les donations simulées de créances comme sans aucun effet, en tant que machinations faites à seule fin de tourner la *lex Anastasia*, il n'est pas douteux qu'il ne lui eût dans ce cas fallu étendre cette prescription

rétroactivement jusqu'au temps de cette loi. Mais Justinien allait plus loin. Il ordonne qu'on perde droit d'instance, au sujet de la partie non payée de la créance cédée, et que l'action n'appartienne plus au créancier primitif (1). Cette *perte du droit de plainte* est une disposition toute positive, qui ne résulte en aucune façon de l'idée du droit, naturellement, du moins; et la seule conséquence de cette disposition est la nullité de l'acte exclu de la sphère du droit par la loi prohibitive. Et précisément parce que Justinien, allant plus loin qu'Anastase, causait par son ordonnance des désavantages positifs, et *en tant qu'il* prenait cette disposition, il ne pouvait pas faire remonter la loi au temps d'Anastase; et c'était indubitablement là la raison, qui ne lui était pas encore entièrement consciente avec toutes ses distinctions, qui le détermina, malgré le *justum quidem fuerat*, à ne donner son effet à cette loi qu'à partir de sa promulgation. Mais Struve, qui tient pour juste au point de vue juridique l'application rétroactive des « désavantages exprimés » dans la *lex* 23, tombe par là indubitablement dans une rétroactivité véritable, quoiqu'il s'efforce de l'éviter en général par la conception la plus exagérée.

L'idée commune des dispositions que nous considérons ici consiste en ce que la disposition qui n'est contenue dans une loi qu'*en soi*, qui y est, pour ainsi dire, exprimée tacitement, même si elle n'apparaît pour la conscience subjective que par une nouvelle activité de la législation, doit pourtant faire sentir son effet à dater du jour où elle existait seulement *en soi*, car toute pensée contenue dans la loi est comme une partie intégrante de l'idée de droit ayant force de loi, à quoi la réalité est assujettie.

Nous pouvons après tout ceci comprendre un passage de Cicéron que nous avons déjà cité page 24, remarque 4 et page 25, rem. 1 : « In lege Voconia non est : Fecit, fecerit ;

(1) Voir § 1 : « ... et neque ei qui cedit actiones, neque ei qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere vel *aliquam* contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse *utrique eorum actionem.* »

neque *in ulla* (lege) præteritum tempus reprehenditur, *nisi ejus rei quæ sua sponte scelerata ac nefaria est, ut etiam, si lex non esset, magno opere vitanda fuerit.* »

C'est cette restriction qui demande ici à être considérée brièvement. Le passé, dit Cicéron, ne peut jamais être soumis à une loi, à moins toutefois qu'il ne s'agisse d'une chose « *criminelle et infâme en soi* et qu'il aurait fallu absolument éviter, bien qu'il n'y eût pas de loi pour l'interdire ». Cicéron admet donc que dans ce cas on peut appliquer une telle loi ultérieure à une action commise antérieurement et que ne défendait alors — même implicitement — aucune loi.

Voici la pensée directrice de ce raisonnement : Ce que l'*unanimité morale de l'esprit public* a déclaré mauvais et criminel, etc., peut être considéré par une loi prohibitive ultérieure, bien que cette prohibition morale ne se soit fait jour, implicitement ou explicitement, dans aucune loi, comme si la dernière loi ne faisait que *déclarer* leur contenu déjà virtuellement existant dans la substance juridique (une loi morale) ; et cette loi prohibitive peut, par cela même, avoir un effet rétroactif.

La profondeur de cette pensée est indéniable ; elle se fonde en effet sur l'unanimité morale de l'esprit public qui constitue la base de tout droit.

Il faut pourtant en limiter la validité aux peuples de l'antiquité. En effet, l'unité morale *intérieure* de l'esprit public — la coutume — est ici considérée et traitée, — à cause de la netteté indubitable avec laquelle l'acte non défendu légalement lui apparaît comme lui étant *absolument* opposé et honteux, infâme, etc. en soi, comme une disposition *ayant déjà force de loi*. Mais cela n'est admis que par les peuples de l'antiquité, et seulement à leur époque classique. Car l'esprit public était alors comme une masse où tous les esprits se pénétraient pour former une unité objective et substantielle ; il y avait dans les individus une telle unité morale, un tel accord avec l'esprit public y était vivant et actif qu'on pouvait en effet considérer comme réprouvé

par la loi ce que réprouvait absolument cette substance intérieure.

Mais c'est précisément à cause de cela que ce principe n'est plus admis dans les temps modernes où le subjectivisme et l'individualisme, la civilisation et le scepticisme, etc. ont bouleversé cette unité et cet accord absolus des individus au sujet des conceptions morales de l'esprit public; la conscience morale des individus d'un même Etat appartient très souvent presque à des ères historiques différentes, et elle est presque toujours déterminée par des contingences, la culture intellectuelle de l'individu avec ses défauts dus au hasard et ce qu'il a accidentellement acquis, au lieu de l'être par la moralité générale de la nation.

Ici donc cette conséquence n'est plus admissible, car sa base, l'unanimité absolue de tous les esprits se pénétrant pour former la pensée morale nationale, est absente de la *conscience des individus.*

On doit donc en rester pour les temps modernes au fait que seul un contenu de la conscience générale du droit qui déjà, explicitement ou implicitement, ait été *posé* dans la loi, peut revendiquer la réalité juridique.

Mais si seul un contenu de la conscience générale publique, déjà *fixé* par une loi, peut revendiquer pour elle la qualité d'être légalement obligatoire — s'ensuit-il qu'il doive être nécessairement fixé en paroles ? Ou peut-elle être impliquée dans les *actions* de tout le peuple ? D'après l'idée du droit, cette dernière alternative est indubitable ; car nous avons vu qu'*une seule chose* est exigible, à savoir que la disposition contenue dans la conscience générale du droit soit *dégagée visiblement.* Mais elle n'est pas moins posée et réalisée par des actions que par des mots, *verbis aut factis.* C'est là déjà du reste une conséquence légitime du principe universellement reconnu que nous avons considéré auparavant : les dispositions exprimées dans la loi *implicitement* ou tacitement présentent la même propriété d'être obligatoires que les dispositions qui y sont stipulées *expressis verbis.* En tant que dispositions contenues *impli-*

citement dans la loi, celles-ci n'y sont pas exprimées *littéralement* ; et si une disposition *qui n'est pas exprimée littéralement* doit avoir son effet légal, à cause de la nécessité qu'il y a pour la pensée à se la représenter comme *exprimée tacitement*, il faut qu'il en soit ainsi également, d'après l'idée du droit, si cette disposition s'impose à la pensée avec la même nécessité comme une disposition contenue dans la conscience générale du droit et *exprimée tacitement* dans les *actions* de tout le peuple.

Julien donne à ce sujet la décision de principe la plus exacte (1) : « Nam quum ipsæ leges nulla alia et causa nos teneant, quam quod judicio populi receptæ sunt, merito et ea quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes ; nam quid interest ; *suffragio* populus *voluntatem suam declaret* an *rebus ipsis et factis* ? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. » « Car si les lois nous imposent une obligation, ce n'est pas pour une autre cause que celle-ci : elles ont été reconnues par la décision du peuple ; il est donc juste que de telles lois aussi nous imposent une obligation, qui ont été *approuvées par le peuple sans qu'aucun document écrit en fasse la preuve* ; y a-t-il une différence à voir le peuple déclarer sa volonté par un vote ou par des *faits et des actes* ? A cause de quoi il a été admis avec une grande justesse que les lois ne sont pas seulement abrogées par le vote du législateur donné sur une table généalogique mais aussi par le consentement unanime et tacite de tous. »

Mais cette conséquence de principe de l'idée n'est pas applicable au seul droit coutumier, qui à vrai dire s'est formé et s'est modifié partout sous son influence, mais aussi à des époques où il n'est plus question de droit coutumier, quand se produisent ces changements soudains et brusques que l'histoire moderne a enregistrés en si grand

(1) L. XXXII, § 1, *de legibus* (1,3).

nombre et où la conscience générale du droit engendre un nouvel ordre de choses.

C'est cet enchaînement conceptuel qu'il faut considérer pour pouvoir comprendre et juger les lois de la Convention datées du 5 brumaire et du 17 nivôse an II, dont nous avons déjà parlé plus haut (p. 51 et suiv.).

La Convention avait déjà, par un décret du 7 mars 1793, décrété l'abrogation de la faculté de tester en ligne directe, pour introduire le principe de l'égalité à l'intérieur de la famille et pour empêcher la persistance des prérogatives statutaires et fidéicommissaires attachées par l'ancien droit coutumier à la primogéniture et à la lignée masculine, qui auraient pu se perpétuer (1) au moyen de dispositions testamentaires. Mais peu de temps après, la Convention alla plus loin. Obligée de remplacer par un autre le droit de succession existant jusqu'alors, la Convention promulgua d'abord la loi du 5 brumaire, et peu après, après son abrogation, la loi du 17 nivôse an II, dont les principes sont en général passés dans le Code civil et forment par conséquent le droit qui est encore aujourd'hui en vigueur en France.

Mais la Convention ne s'arrêta pas là. La première partie de la loi prescrit en effet que toutes les successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, soient traitées d'après le même principe d'égalité ; elle déclare nulles toutes dispositions pour le cas de mort prises depuis ce jour, de même que les institutions contractuelles d'héritiers, et les testaments ou contrats de succession faits avant le 14 juillet 1789, si leurs auteurs *vivaient* encore à ce jour ; elle déclare ouvertes les successions déjà réglées par ces dispositions abolies, et ordonne que les héritages seront soumis à un partage égal entre les enfants, descendants ou héritiers collatéraux de la personne décédée.

(1) Cf. les motifs du décret de la Convention daté du 5 mars de la même année, par lequel la Convention fait à son comité un rapport sur l'égalité des partages dans les successions.

Ces dispositions, qui revenaient en arrière de près de cinq années, furent par la suite, comme nous l'avons déjà montré (voir ci-dessus p. 52), regardées par la réaction thermidorienne comme produisant un effet rétroactif flagrant, et pour ce fait, elles furent abolies par les décrets du 9 fructidor an III, du 3 vendémiaire an IV, et par la loi du 18 pluviôse an V — mais seulement par rapport à leur effet rétroactif, sans préjudice de leur efficacité à dater du jour de la promulgation de la loi — ; et il fallut procéder encore une fois au partage des héritages qui avaient déjà été soumis à deux répartitions successives. Depuis lors, les juristes français eux-mêmes ont toujours accordé qu'on pouvait accuser ces lois de la Convention de produire un effet rétroactif des plus violents. De temps en temps on voit ces lois citées comme preuves des « horreurs » de la Convention, et, en effet, il ne semble pas qu'on puisse, même à première vue, mettre en doute cet effet rétroactif.

En tous cas, il est incontestable que la Convention *n'avait pas du moins l'intention* de produire un effet rétroactif par ces dispositions, et qu'en les faisant, elle ne *croyait* pas en produire un.

Cela résulte évidemment de ce que dit le rapporteur de cette loi, Berlier, dans son rapport sur le décret de la Convention du 22 ventôse an II — par lequel la Convention donnait une solution, demandée par pétition, aux contestations qu'avait soulevées la loi de nivôse — et où il exprime l'idée de la Convention. « Le règne de la nature et de la raison, dit Berlier, avait pris naissance le 14 juillet 1789 ; faible encore à cette époque, il ne s'était, il est vrai, élevé à sa hauteur que depuis, mais il avait commencé dès ce temps ; et *sans rétroagir* vous avez voulu faire accorder les effets avec leur cause ; vous avez proclamé que les biens acquis à titre gratuit depuis cette grande époque devaient être partagés selon les règles que vous avez prescrites contre ceux que la nature désignait pour les recueillir, et vous avez écarté les obstacles qui pouvaient résulter des dispositions contraires, soit de l'homme,

soit des statuts. » (voir le *Moniteur* du 25 ventôse an II).

Mais le fait que la Convention était très éloignée de vouloir porter atteinte au principe de la non-rétroactivité ressort encore plus clairement de la réponse qu'elle fait elle-même dans le décret du 22 ventôse an II à la quatrième des questions qui y sont posées. Il s'agit de savoir s'il ne faut pas adjuger aussi aux héritiers naturels les successions ouvertes avant le 14 juillet 1789, *au cas* où un procès serait encore actuellement pendant au sujet de l'héritage, entre les héritiers naturels et les héritiers institués par testament. — Voici la réponse de la Convention : « Sur la quatrième question : que l'on ne saurait s'arrêter à l'objet dont il s'agit, *sans mettre l'effet rétroactif en question* ; et que *s'il n'y en a point* à dater du 14 juillet 1789, parce que la loi *n'a fait que développer les principes proclamés dès lors par un grand peuple* qui se ressaisissait de ses droits, *l'effet rétroactif commencerait là seulement où l'on dépasserait cette limite ;* que d'ailleurs, si la réclamation des héritiers naturels, pour ce qui appartient aux époques antérieures, était fondée, ils n'ont pas besoin du secours de la loi nouvelle, et que si elle ne l'était pas, il serait immoral d'accorder plus de faveur à celui qui a fait un mauvais procès qu'au citoyen tranquille qui a *respecté les lois de ce temps.* »

La Convention ne pouvait se prononcer avec plus de décision et de force contre le dessein de mettre même simplement « en question » le principe de la non-rétroactivité. Et le soin que prit la Convention, longtemps encore avant thermidor, de révoquer un décret, relativement peu important, qu'elle avait promulgué, parce qu'elle le croyait entaché de rétroactivité (voir ci-dessus p. 195), ne laisse pas place au plus léger doute sur la sincérité du dessein que nous venons de voir exprimé ici. On ne peut donc poser qu'une seule question, à savoir si la Convention n'a pas, à ce sujet, commis contre son dessein, une rétroactivité.

Mais la série des idées émises plus haut, au milieu des-

quelles nous avons introduit cette question afin de la discuter (car on ne peut en effet la comprendre et la résoudre que par rapport à elles), aura répandu déjà sur cette question une lumière suffisante pour que nous puissions maintenant lui donner une solution.

Le droit de succession en France, avant la Révolution, reposait, pour les classes supérieures, sur la *prérogative* de la primogéniture et de la descendance mâle, prérogative qu'avaient maintenue jusqu'alors les *coutumes* françaises et l'usage de la famille. C'étaient là par conséquent des *privilèges* ; et, par la simple abolition des privilèges, entra de lui-même en vigueur le droit de succession fondé sur l'égalité naturelle de tous les membres de la famille, droit que réalisa la Convention par la loi de nivôse; l'abolition prohibitive de ces privilèges, leur suppression par une loi *coercitive,* étaient nécessairement les suites de la nouvelle *conscience juridique* de la nation amenée par la révolution française; or, le contenu coercitif de cette conscience juridique était l'*égalité devant la loi*. Restait la question de savoir quand ce changement de la conscience générale de la nation *avait été posé en dehors d'elle dans la réalité* et était par conséquent devenu *droit*, si bien que les actions individuelles s'y opposant, en tant que contraires à la volonté générale coercitive entrée dans la *sphère du droit* et de la *réalité,* se qualifient par là *nulles*, et qui plus est, *nulles* dès l'époque où elles ont été entreprises.

C'est ici que nous voyons se manifester dans la Convention la pensée exprimée par Julien, à savoir qu'il importe peu que le peuple exprime sa volonté *verbis aut factis*, par des mots ou par des actes. Et il nous faut le répéter, il n'y a pas, en effet, d'après l'idée du droit, la moindre différence entre ces deux expressions de la volonté populaire. Car ce que requiert la *notion de droit*, c'est seulement que l'esprit public pose dans la *sphère du droit*, c'est-à-dire dans la réalité, un contenu spirituel en tant qu'objet de sa *volonté*. Mais cela peut se faire, le cas échéant, avec autant de décision et d'énergie que par des mots, par un *bouleversement*

de fait, entrepris par le peuple qui renverse alors le régime juridique existant.

Par la prise de la Bastille — à la date du 14 juillet 1789 — le peuple français avait manifesté sa conscience du droit de l'*égalité devant la loi*, conscience opposée aux privilèges et prérogatives sur lesquels était fondé l'état de choses existant, et détruit le régime féodal. Il ne s'ensuit pas qu'il faille faire remonter toutes les lois sans exception, que la Révolution devait, dans son développement, mettre à la place des anciennes, au 14 juillet 1789.

Car presque toutes les lois contiennent nécessairement des dispositions positives et organiques qui se présentent comme des *développements* de la nouvelle conscience et toujours par conséquent comme une *nouveauté objective*, qui n'est pas donnée encore par la seule destruction de l'ancien régime de droit, mais qui ne commence à exister que *par et avec ce développement* de la nouvelle conscience du droit, et qui ne peut par cela même entrer en vigueur qu'à partir du moment où elle a pris naissance. Ou, en d'autres termes : les lois positives que la nouvelle conscience du droit doit produire pour se développer elle-même ne sont contenues en elle qu'en *germe*, c'est-à-dire que ces lois existent *en soi* dans cette conscience mais comme un *en soi*, une virtualité de l'idée juridique (cf. ci-dessus, p. 466 et suiv.) — et non pas encore — dans leur détermination positive et développée — comme un *en soi*, une virtualité posée dans la loi et dégagée objectivement. Dans le seul cas *où la teneur du nouveau droit était donnée dans sa totalité* par la *simple négation*, *sans plus*, des privilèges et prérogatives existant jusque-là — *mais dans ce cas seulement*, on pouvait dire que, puisque cette négation était déjà, en tant que destruction de l'ancien droit par le peuple, passé dans la sphère du droit et même devenue droit, la nouvelle législation n'apparaissait que comme une *déclaration* de ce qu'avait posé l'abolition, émanée de la conscience juridique de tout un peuple, et qu'elle était fixée comme un nouveau droit obligatoire.

En effet, la Convention *n'a pas fait remonter* de lois au 14 juillet 1789, à l'exception des lois sur les successions. C'est qu'elle regardait ces dernières comme une teneur juridique donnée d'elle-même par l'égalité naturelle des membres de la famille et ressortant de la *simple négation des prérogatives.*

Nous voyons ainsi cette Assemblée philosophique reconnaître que ses lois de succession ne sont que la déclaration des principes que le peuple lui-même avait, par la prise de la Bastille, proclamés et élevés à l'état de droits. — Et si l'on veut, au sujet des Français d'aujourd'hui, parler de nature « latine », c'est cette plasticité objective de la pensée qu'il faut reconnaître en eux comme latine, et nous avons vu qu'en effet elle s'est avérée d'origine romaine. — Mais l'histoire a justifié la Convention de deux façons. En premier lieu, parce que, comme nous l'avons déjà rappelé, les principes successoraux établis par la loi de nivôse ont gardé une puissance incontestée sous le premier empire et la Restauration comme sous la dynastie de juillet et le second empire et ont ainsi prouvé le plus clairement du monde qu'ils étaient un contenu nécessaire et coercitif de la conscience juridique de la société française moderne arrivée à la souveraineté par la Révolution. Mais la seconde fois par cet autre fait que *tous* les historiens, français ou allemands, réactionnaires ou révolutionnaires, les ouvrages philosophiques comme les manuels ordinaires *datent la Révolution française du 14 juillet 1789 ! Et tous* sont donc unanimes à reconnaître que le changement de la conscience juridique française date de cet événement et qu'il a été exprimé par cet événement de façon *décisive.* Tous sont donc d'accord pour garder la Convention du reproche d'arbitraire pour avoir daté de ce jour la nouvelle conscience juridique de la société française (1).

(1) Les ordonnances de Justinien sur le droit de succession des Arméniens (*Edictum* III, et cf. *Nov.* XXI), sont d'un parallélisme des plus intéressants, et que, chose étonnante, on n'a jamais mis en lumière, avec ces lois de la Convention ; et cela nous donne une

Il va de soi que la même relation conceptuelle reparait dans toutes les abolitions subites d'un régime juridique existant, et cela souvent dans des cas d'une urgence encore plus grande, bien que la question ne soit pas partout résolue avec la même décision et la même précision d'idées qu'elle le fut par cette Assemblée philosophique.

Ainsi, il survint en Prusse une révolution, le

preuve remarquable de l'enthousiasme qui est propre à toute idée d'égalité, même dans l'âme d'un tyran byzantin. En effet, il y avait chez les Arméniens une loi « barbare et insolente », comme dit Justinien, qui voulait que seuls les fils, et non les filles, fussent appelés à l'héritage patrimonial *ab intestat*. Et comme l'idée révolutionnaire de l'égalité des différentes classes de la société anime la Convention, l'influence de l'idée chrétienne de l'égalité des sexes révolte Justinien contre ce privilège. Il dépeint avec indignation (voir la préface de la *Novelle*) la place que cette loi attribue à la femme, « comme si elle n'était pas une créature de Dieu et comme si elle ne participait pas à la procréation des enfants, mais comme si elle était un être méprisable — à qui ne doive revenir aucune espèce de considération ». Il voit là un *mépris de la nature* (οὕτως ἀτιμασάντων τὴν φύσιν), et tout comme la Convention, il déclare qu'il veut, à la place de cette injustice, mettre en vigueur chez les Arméniens les principes de l'*égalité naturelle* (*Edict.* : — τῆς προτέρας ἀπαλλάξαντες ἀδικίας... καὶ δοῦναι αὐτοῖς ἰσότητα τὴν πρέπουσαν), et qu'à cause de cela, *le Droit de succession romain*, qui ne fait aucune distinction entre le fils et la fille, sera appliqué aussi chez les Arméniens. Toutefois, l'effet ne devait pas se faire sentir seulement à dater de la promulgation de cet édit, mais, comme le prescrit Justinien, *dès le commencement de son gouvernement plein de bonté*, et toutes les successions, ouvertes depuis lors en Arménie, devaient être réglées d'après le droit romain (sauf quand une transaction était déjà intervenue entre les parties).

A ce qu'il semble, Justinien veut dater de son *arrivée au pouvoir* l'existence d'une nouvelle conscience juridique, une nouvelle ère, tout comme la Convention la fait dater de la prise de la Bastille ! Mais en cela, l'histoire lui a donné tort, car la simple arrivée au pouvoir d'un homme ne suffit pas, en général, à constituer un acte populaire ; ce fait ne peut donc pas marquer l'avènement d'une nouvelle conscience populaire ; et, par conséquent, il n'est pas douteux que Justinien ne se soit, par cette prescription, rendu coupable d'une rétroactivité inadmissible.

18 mars 1848. Le pouvoir absolu de la Couronne fut aboli et une Assemblée constituante fut convoquée pour fixer la nouvelle Constitution. Il était naturel que, par suite d'un changement si total de l'état juridique et politique que l'abolition de la monarchie absolue, certains actes politiques, interdits jusqu'alors par le Code pénal, cessent d'être qualifiés de crimes, puisque maintenant le concept légal de haute trahison, de l'obligation d'obéir au pouvoir des fonctionnaires etc. est modifié. Il fallait donc regarder de telles lois pénales comme abrogées par la volonté du peuple devenue déjà réalité juridique, bien que la promulgation d'un nouveau Code pénal ne puisse avoir lieu que dans un temps plus ou moins éloigné. Des poursuites politiques n'en furent pas moins intentées dans les premiers mois qui suivirent le mois de mars en vertu de ces articles de lois pénales qui atteignirent leur point culminant plus tard, en novembre 1848, à l'occasion des procès politiques qui eurent lieu contre les membres de l'Assemblée nationale et leurs partisans. On eut beau invoquer le changement du droit public produit par la révolution de mars, et, par suite, l'abolition, qui en résultait, des interdictions prononcées par le droit pénal contre certains actes politiques ; cela mit les tribunaux dans l'embarras, mais on n'eut pas gain de cause en général. Il faut mentionner à ce sujet que, dans les parties de la Prusse où était appliqué le Code prussien, s'ajoutait une circonstance particulière. Le Code prussien en effet contient au § 59 de l'introduction la prescription suivante : « Les lois *restent en vigueur* jusqu'à ce qu'une *disposition expresse du législateur vienne les abolir.* » Le Code prussien contient par conséquent un précepte qui est en contradiction expresse avec la conséquence de l'idée juridique pure, reconnue par le droit romain, et qui veut qu'une loi puisse être indifféremment abolie *verbis aut factis*. D'un côté, des jugements tout pareils furent rendus par des tribunaux d'autres parties de la Prusse, où le Code prussien n'était pas en vigueur (par exemple, dans la province du Rhin) ;

d'autre part, il aurait fallu rechercher si le § 59 du Code prussien, très compréhensible dans un Etat absolu, devait être regardé comme abrogé par le changement de la situation juridique publique.

Il est d'ailleurs clair que, partout où une loi comme le § 59 de l'introduction au Code prussien est en vigueur, elle n'exclut que l'abolition de lois résultant d'*actes* et non l'abolition de lois antérieures, résultant, *même implicitement*, d'une autre loi. Car à ce point de vue, il règne dans toutes les législations le principe auquel nous avons fait déjà allusion, et qui veut que, dans une *loi*, l'*explicite* et l'*implicite* aient la même force d'obligation. Ce § 59 n'a donc jamais empêché les tribunaux prussiens de considérer comme abolies les dispositions légales antérieures dont l'abrogation était *implicitement* contenue dans une loi ultérieure.

Ce § 59 empêche naturellement encore moins le législateur — et il semble même ridicule de le dire — d'abroger *expressément* une *catégorie* de droits existants ou un *ensemble* de lois existantes. Si une catégorie ou un ensemble de cette sorte sont déclarés abolis par le législateur, il est naturel que les droits ou les lois spéciaux, qui en ressortissent, soient abolis. Il n'est pas un instant question dans ce cas d'abolition *implicite*. Il n'y a négation implicite que dans le cas où la négation de droits existants ou de lois existantes n'est aucunement formulée par les termes d'une loi ultérieure, mais où elle ressort, comme simple conséquence logique, de la *pensée* exprimée par la loi. Au contraire, dans le cas où cette négation d'un ensemble de dispositions légales existantes est donnée par le terme même d'une loi, toutes les dispositions *comprises* dans ces termes sont abolies *expressément*, et non implicitement. Si, par exemple, le législateur prescrivait : « Le Code prussien est aboli », *toutes* les dispositions qui en font partie seraient abolies non pas implicitement, mais, bien au contraire, très explicitement.

Et par conséquent, une phrase aussi tautologique que

celle-ci : le § 59, qui veut que les lois restent en vigueur jusqu'à ce que le législateur les abolisse expressément, ne veut dire et ne peut vouloir dire en aucun cas qu'un droit déterminé pris isolément ou qu'une catégorie de droits doivent *encore rester en vigueur après leur abolition expresse* par la législation, — une telle phrase, il suffit de la prononcer pour la faire apparaître, nous l'avons dit, parfaitement oiseuse et ridicule.

Nous n'aurions eu aucun motif de le faire, si, chose remarquable, ce principe simple jusqu'à la platitude n'avait été nié, en ce qui regarde la Constitution prussienne, par la Cour suprême, en vertu d'une « jurisprudence constante » du tribunal royal. C'est à cette « jurisprudence constante » que nous avons déjà emprunté une assertion citée plus haut (p. 63, note 1), du vice-président de la Cour suprême, le docteur Götze.

L'article 4 de la Constitution prussienne du 5 décembre 1848 et même la Constitution du 31 janvier 1850 avaient aboli les *prérogatives de classes* — c'est-à-dire l'existence de différences de droit entre les personnes appartenant à différentes classes — qui existaient jusqu'à ce moment, et cela de la façon la plus *expresse* et la plus indubitable, en ces termes : « Tous les Prussiens sont égaux *devant la loi*. Il n'y a pas de privilèges de classe. » Et, au surplus, l'article 109 ajoutait : «...toutes les dispositions des codes, lois et ordonnances existants qui *ne vont pas à l'encontre* de la présente Constitution restent en vigueur jusqu'à ce qu'une nouvelle loi vienne les modifier. »

On prescrivait donc expressément par là, bien que ce fût d'ailleurs évident, que toutes les dispositions légales *qui*, prises isolément, *étaient en contradiction* avec les principes de la Constitution, fussent par là même hors d'usage.

Il y avait dans les privilèges de la noblesse une disposition ne permettant pas aux femmes « du peuple ou de petite bourgeoisie » de s'unir légitimement avec des nobles (*Code général prussien*, II, I, §§ 30-33), et le § 940 spécifiait que si de tels mariages « que les lois défendent à cause

de l'*inégalité des conditions* » avaient été célébrés sans la dispense obligatoire, ils seraient considérés comme nuls.

On aurait pu croire que ce *privilège de classe*, l'inégalité juridique basée sur les différences de condition, était aboli par l'article 4 de la Constitution. C'est ce que croyaient unanimement tous les tribunaux de première instance, et même la Cour suprême, comme il ressort d'un jugement daté de 1851, que nous avons vu au passage auquel nous avons déjà fait allusion (p. 63). Mais la Cour suprême n'était pas alors, comme nous l'apprennent son président et son vice-président, suffisamment « orientée ». Elle ne manqua pas de « s'orienter » mieux et en vint à conclure qu'il fallait regarder les distinctions légalement *abolies* par la Constitution comme *étant encore en vigueur*.

L'analyse des jugements du tribunal supérieur à ce sujet n'offre pas d'intérêt scientifique, en ce sens que la question dont il s'agit ne peut pas même un instant nous paraître douteuse. Même à grands renforts de sophismes on ne peut lui donner cette apparence. Et précisément à cause de cela, elle ne peut pas être l'objet d'une discussion vraiment scientifique, mais elle est de la compétence du plus simple bon sens. Tout homme qui sait que dire : la table est noire, c'est dire en même temps par là : la table n'est pas blanche, et que dire une douzaine de pommes, c'est dire : douze pommes, sait aussi que si le législateur dit : « Il n'y a pas de privilèges de classes », il dit par là que tous les privilèges et toutes les exemptions découlant des droits des différentes classes sont abolis.

Serait-il de la dignité de la science de discuter une telle question ?

Mais puisque les jugements de la plus haute Cour de justice ne sont plus soumis à aucune censure, puisqu'il n'y a plus pour eux de contrôle autre que la censure de la science, nous regardons comme le devoir d'œuvres scientifiques d'exercer ce contrôle et d'ériger un monument qui perpétuera leur mémoire aussi longtemps que les œuvres

dont il s'agit pourront, par leur valeur scientifique, prétendre à l'existence.

Nous pouvons donc donner ici une courte analyse des raisons sur lesquelles la Cour suprême a appuyé les arrêts dont il s'agit, par jugement du 25 novembre 1853 (Arrêts, tome XXVI, page 351 et suiv.), et par jugement du 24 novembre 1856 (Arrêts, tome XXXIV, p. 179 et suiv.). La Cour suprême, dans le dernier jugement, complètement d'accord avec le premier, mais encore plus longuement motivé que lui, part du principe suivant (tome XXVI, p. 180) : « Les lois restent en vigueur jusqu'à ce que le législateur les abolisse expressément. Cette disposition fondée sur l'essence de la loi et qui ressort nécessairement de la nature de la chose, exprimée par le § 59 de l'introduction au Code prussien, a été confirmée et reconnue par l'article 109 de la charte constitutionnelle du 31 janvier 1850, en tant qu'elle spécifie : « Toutes les déterminations des codes, lois et ordonnances existant qui ne vont pas à l'encontre de la présente Constitution restent en vigueur jusqu'à ce qu'une nouvelle loi les vienne modifier. »

Nous avons montré plus haut (p. 482) que le § 59, dont il s'agit, bien loin d'exclure l'abolition génériquement prescrite, n'exclut que l'abolition des lois par des *actes* (1) et non l'abolition implicite arrivant par suite d'autres lois. Mais il est surtout maladroit d'invoquer l'article 109 de la Constitution. Il y était en effet dit en propres termes — ce qui du reste allait de soi — que toutes les prescriptions particulières des codes existants, quand bien même elles ne seraient pas abolies expressément par la citation du paragraphe et de la date, devaient être *abrogées* si elles *étaient en contradiction* avec la Constitution et ses déterminations propres.

Le jugement continue : le juge d'appel va évidemment trop loin en admettant que le mariage interdit par le Code cesse d'être interdit en vertu de l'article 4 de la Constitu-

(1) Il était, en principe, dirigé contre l'abolition des lois *per desuetudinem*.

tion : « Tous les Prussiens sont égaux devant la loi ; il n'y a pas de privilèges de classes. » « Le sens littéral est précisément l'opposé de cette interprétation. » Le texte sans doute ne dit pas : les privilèges de classes sont *abolis*, mais bien *il n'y a pas de privilèges*. Mais comme il y en avait jusque-là et que le législateur déclare qu'il *n'y en a plus*, ce qui ne pouvait arriver que par leur abolition, il fallait même avec une logique médiocrement perspicace, penser que d'après le texte littéral de l'article 4, l'*abolition* des privilèges était prononcée en soi.

La Cour suprême fait encore les considérations suivantes : « On peut toujours se demander si ce précepte (du Code prussien) est tellement en contradiction avec les principes de la Constitution revisée qu'il paraisse inconciliable avec ces derniers et qu'il faille par là le considérer comme mis médiatement hors d'usage par la promulgation de la charte constitutionnelle. Il faut cependant nier cela aussi. Il ne faut pas attacher trop d'importance aux premiers mots de l'article 4 : « Tous les Prussiens sont égaux devant la loi ». Ils ne posent aucun nouveau principe de droit public et ne disent pas plus que le Code prussien ne dit au § 22 de l'introduction par ces mots : « Les lois de l'Etat lient tous ceux qui en font partie sans distinction de classe, de condition ni de sexe. »

Par cette seule assimilation, la Cour suprême s'est déjà engagée dans l'erreur la plus choquante.

Ce principe, exprimé déjà par le Code prussien, que les lois de l'Etat sont *obligatoires* pour les personnes de toutes conditions appartenant à cet Etat, et qui, en somme, ne fait qu'obliger à l'*obéissance* aux lois de l'Etat les personnes de toutes conditions qui en font partie, n'implique pas encore qu'il ne peut y avoir *différentes lois* pour les personnes des *différentes classes*, il n'est donc pas impossible que subsiste dans cet Etat une *inégalité devant la loi*, fondée sur des attributions de classes distinctes. Le Code prussien donne de cela le meilleur exemple. Car il part en toutes lettres de cette idée fondamentale que la société ci-

vile ne forme pas une collectivité juridiquement homogène de citoyens soumis, de personnes appartenant à *une seule et même loi*, mais qu'elle forme une pluralité de différentes classes pourvues de *droits différents*. La déclaration formelle en est faite dans la IIe partie du Code de droit commun, tit. I, § 2 : « La société civile se compose de plusieurs *sociétés* plus petites ou *classes* liées ensemble par la *nature*, par la *loi* ou par *toutes deux à la fois.* » Et l'on voit que ce passage définit expressément la *classe* comme un cercle particulier de personnes *égales en droit* (1), et ce principe organique se trouve réalisé dans les divers droits et exemptions de différents Etats.

L'égalité devant la loi n'existe donc pas, selon le Code, pour *tous les Prussiens* pour qui bien au contraire subsistent des *lois distinctes et inégales*, mais seulement pour les membres d'*un de ces cercles* (classe), bien que tous aient le devoir d'*obéir* aux lois *inégales,* qui saisissent les différentes classes de droits différents.

Et par conséquent les « Prussiens » étaient d'après le droit commun *inégaux* devant la loi. On n'avait pas les mêmes droits dans des classes différentes. Il s'agissait de savoir si l'on était de la noblesse, de la bourgeoisie ou du peuple ; et seuls les individus de la même *classe* étaient égaux devant la loi.

C'est à cette inégalité devant la loi des sujets d'un même Etat que la Constitution mit fin, en déclarant au § 4 : *Tous les Prussiens* — et non pas seulement les individus appartenant à une même classe — sont *égaux* devant la loi, ce qui revient à dire, la classe à laquelle une personne appartient ne doit amener pour elle *aucune* différence de traitement *devant la loi* ou bien la *distinction juridique* des différentes classes doit être abolie.

Il ressort nécessairement du texte de cet article et c'était

(1) *Id.*, § 6 : « Les personnes, à qui, par suite de leur naissance, de leur destination ou de leur occupation principale ont été attribuées dans la société civile des *droits égaux*, forment une *classe*.

aussi, comme chacun sait, l'*intention* de la Constitution, que ce principe fondamental de la société divisée en classes — que la *distinction juridique* des classes — fussent abolis et remplacés par le principe moderne de l'*égalité juridique* de tous les citoyens, d'après lequel les distinctions matérielles de la classe, de l'occupation, etc., n'entraînent plus de différence juridique.

La conséquence indéniable et nécessaire de l'article 4 de la Constitution était que les distinctions juridiques entre les citoyens d'un même Etat étaient abolies quand elles provenaient d'attributions particulières à chaque classe et que, par suite, l'incapacité des femmes d'autres classes à épouser un homme noble était également abolie, et cela déjà par le premier principe : « *Tous* les Prussiens sont égaux devant la loi. »

Mais l'article 4 ne se contente pas d'abolir implicitement les prérogatives de classes, ce qui ressort naturellement de « l'égalité de tous les Prussiens devant la loi » ; il ajoute en propres termes cette même conséquence : « Il n'y a pas de prérogatives de classes ».

La Cour suprême répond à cette disposition expresse (*id.* p. 181 et suiv.) par les considérations suivantes : « De tels axiomes généraux, qu'on trouve en grand nombre dans la charte constitutionnelle, ont comme portée générale et comme but d'indiquer les principes conducteurs de la législation future *plutôt* qu'ils ne se prêtent à une application immédiate en matière de contestation juridique civile. »

Cette assertion n'est pas seulement une invention qui n'a pas le sens commun, car toute Constitution veut aussi être *loi* — et s'annonce comme telle — c'est simplement une loi encore plus fondamentale et encore plus obligatoire que les autres, et qui précisément par là ne renoncerait pour rien au monde à la propriété inhérente à toute loi de « s'appliquer » à partir du jour de son émanation, et abolir les dispositions des lois anciennes qui lui sont opposées ; mais cette assertion porte de prime abord atteinte à l'article 109 de la Constitution, qui, en décrétant l'abolition de

toutes dispositions des codes et lois particulières contraires à la Constitution, montre jusqu'à la superfluité que la Constitution n'est pas une promesse pour « la législation *future* » mais une *réalité juridique* immédiate. La Cour suprême le sent très bien elle-même et atténue son affirmation en intercalant un *plutôt* qui manque absolument de clarté, mais par lequel, à vrai dire, toute l'affirmation est comme rétractée, comme elle l'est encore plus clairement par le développement de la phrase dont voici le texte : « Il ne faut du moins la faire (l'application immédiate de la Constitution) qu'avec d'autant plus de prudence que l'on a à se poser la question de savoir s'il faut considérer la Constitution comme abolissant implicitement une prescription particulière en vigueur jusqu'alors. L'article 109 de la Constitution a précisément pour but de nous *mettre en garde* (?) contre une *méprise* de cette sorte en ce qui concerne l'application pratique. »

Cette interprétation, qui fausse le texte de l'article 109 jusqu'à lui faire dire exactement le contraire de ce qu'il veut, est des plus inexactes. La Constitution ne *pouvait* absolument pas abolir dans les lois antérieures *plus* que ce qui se trouvait en contradiction avec elle. Et si, par conséquent, l'article 109 *n'était pas* dans la Constitution, elle n'abolirait encore que ce qui est en opposition avec elle, et en aucun cas elle n'abolirait *plus que cela*. Mais c'est *précisément alors* que la Cour suprême n'aurait sûrement pas manqué de mettre en évidence la non-existence d'un article indiquant que la Constitution abrogeait aussi les déterminations des codes qui n'étaient pas abrogés de manière spéciale et expresse. Et si l'article 109 est destiné à nous *mettre en garde* contre quelque chose, c'est uniquement contre des jugements tels que celui dont il est question en ce moment.

La Cour suprême continue : « La règle générale d'interprétation *Lex posterior generalis non derogat priori speciali* s'accorde avec cette conception. »

Voici qu'elle prend un air savant ! Mais malheureuse-

ment ce n'est qu'une apparence fondée sur une confusion totale, sur une méconnaissance malheureuse des *premiers principes élémentaires* de la science du droit.

La règle scientifique à laquelle se réfère la Cour suprême vient du droit romain (1), et elle est d'une absolue exactitude. Mais elle ne peut en aucune façon souffrir de se voir appliquée à la question dont il s'agit.

Et pour le mieux prouver, nous allons citer les termes mêmes sous lesquels Savigny développe cette règle (*System*, tome 1, § 42, Interprétation des lois (Auslegung der Gesetze), page 265). Savigny montre ici qu'il est nécessaire qu'une loi ultérieure en contradiction avec une loi antérieure abolisse cette dernière, et il nous en donne les raisons. La raison de cette règle réside en ce qu'une telle contradiction « est impliquée par le développement progressif du droit, si bien que l'établissement de la nouvelle règle juridique était liée à la destruction complète de l'ancienne ». « Mais *cette même raison* », continue-t-il, « impose en même temps une *restriction naturelle* à la dite règle. S'il existait en effet auprès de l'ancienne règle une exception à celle-ci, l'abolition (de la règle) ne doit pas se rapporter aussi à cette *exception* ; bien au contraire *cette exception* subsiste également près *de la nouvelle règle,* si elle n'est pas abolie de son côté. »

Cette règle est donc fondée sur ce simple raisonnement que, lorsqu'on abolit une règle, on n'abolit *que ce qu'elle contient*, et non *ce qui lui est opposé*, c'est-à-dire les *exceptions* faites à cette règle.

Mais on a déjà reconnu comme évident que cette règle n'est pas ici en question ! La situation ne serait en effet pas la même que si la règle de l'*égalité juridique* des individus appartenant aux différentes classes étant introduite

(1) L. LXXX, *de reg. jur.* (50,17) : « In toto jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est. » L. XLI, *de pœnis* (48,19) : « ... nec ambiguitur, in cetero omni jure speciem generi derogare. »

dans le Code prussien, l'interdiction du mariage dont il s'agit y faisant exception, la Constitution l'avait abolie. Mais c'est précisément le contraire qui a lieu dans le cas présent, et dans son désir de motiver son jugement par de fortes raisons, la Cour suprême se trompe si étrangement qu'elle se laisse aller à examiner avec bienveillance un cas qu'elle suppose actuel et qui s'oppose en tous points au cas actuel.

Cette interdiction du mariage n'était en aucune façon une *exception* dans le Code prussien. La vérité est celle-ci : le Code prussien part, comme nous l'avons déjà montré, de la *règle* du *principe capital de l'inégalité juridique* des personnes en tant que faisant partie de classes différentes, qu'il exprime, comme nous l'avons vu, dès les premiers paragraphes du premier titre « des personnes et de leurs droits en général » comme la base organique de sa conception juridique (voir ci-dessus pages 487 et suiv.). Il est bien certain que cette interdiction du mariage n'est qu'une *application*, et non une *exception* au *principe capital* de l'inégalité juridique des classes ! Et puisque cette interdiction est une *application* de la règle abolie, il faut qu'elle soit abolie en même temps qu'elle, et elle ne peut rester en vigueur par application des principes subsistants pour les *exceptions* aux lois abolies ! Et s'il était arrivé à la Cour suprême cette chose stupéfiante d'avoir oublié en faisant sa citation : « Lex posterior generalis non derogat priori *speciali* » ce que les Romains entendaient par une « lex *specialis* », il faut lui apprendre que ce n'était pas une loi qui développât *en détail* et *spécialement* des principes juridiques généraux au sujet d'une matière donnée, comme on pourrait le croire en ne regardant que l'expression latino-allemande *speciell,* mais une loi *dérogeant* aux principes juridiques *génériques* et généraux planant dans une certain milieu de droit. Et même quand elle aurait oublié ce fait, elle aurait pu le tirer de Savigny qui dans la remarque *loco citato*, dit, en complet accord avec notre raisonnement : « Il ne faut pas que le principe introduit ici comme

une restriction de la règle générale soit appliqué à toutes les dispositions *spéciales* (*specielle* Bestimmungen) de l'ancien droit, mais uniquement à celles qui ont le *caractère d'exceptions* ; il ne faut donc pas l'appliquer aux dispositions spéciales qui n'étaient elles-mêmes que des *conséquences de la règle ancienne.* »

A quelle triste sophistique se livre la Cour royale en invoquant ce principe d'interprétation !

Malgré tout cela, on n'a pas encore appris pourquoi cette interdiction n'était pas une « prérogative de classe » et par conséquent, pourquoi elle n'était pas abolie par les termes, très secs pourtant, de l'article 4. Mais la Cour suprême se tourne de ce côté pour nous apporter cette preuve. Il est exact, dit-elle, qu'il ne doit plus y avoir de privilèges de classes. Mais il est impossible de comprendre sous ce terme de privilège de classe l'interdiction de se marier stipulée par le § 30, car cette interdiction ne « peut être regardée dans son texte et dans son objet que comme une *restriction* imposée à l'individu noble dans le choix de sa femme. »

Voilà donc la raison ! Cette impossibilité pour les femmes de petite bourgeoisie de conclure un mariage valable avec des nobles ne représente pas du tout un « privilège de classe » ; c'est tout simplement une *restriction* évidente apportée à la liberté de l'individu noble ; voilà ce que dit la Cour suprême !

Un jugement ultérieur de la Cour d'appel de Münster lui a fait une réponse spirituelle : Si le § 30 représente une *restriction* pour la noblesse, la bourgeoisie jouit évidemment par là d'une *prérogative* sur cette dernière ; et puisque, d'après l'article 4 de la Constitution, la bourgeoisie n'a pas non plus droit à des prérogatives, il faut bien que cette « restriction » soit abolie. — La Cour suprême aurait cependant pu reconnaître elle-même que cette « restriction » imposée « au seul individu noble dans le choix de sa femme » était une prérogative de la noblesse, si l'idée lui était venue de penser un peu aux *femmes*, au lieu de tourner toute son attention sur l'homme. Si l'on considère les

femmes, il est incontestable que le § 30 donne à celles de la noblesse et de la haute bourgeoisie une prérogative sur celles de la petite bourgeoisie et sur les femmes du peuple, puisqu'il leur confère exclusivement le droit de conclure un mariage valable avec un individu noble, et cela par le fait de leur situation de classe. Et il devrait être permis de supposer que, si la Constitution déclare abolir les prérogatives de classes, elle abolit aussi bien les prérogatives du beau sexe que celles du sexe masculin ! Et peut être ne serait-ce pas trop demander que d'exiger du tribunal le plus élevé une réflexion aussi modeste !

Mais le jugement de la Cour suprême rendu le 25 novembre 1853 s'exprime là-dessus encore plus franchement que celui du 24 novembre 1856. Il appelle cette interdiction du mariage non pas une « restriction » tout court, mais encore plus clairement : une restriction privilégiée ! Il dit *ipsissimis verbis* (Arrêt XXVI, 352 et suiv.) : « Il ne s'agit pas ici d'une prérogative de la noblesse ; c'est, même si l'on a égard à la position de la noblesse en général, une restriction privilégiée au profit des particuliers.

Mais une « restriction privilégiée » en droit, c'est précisément ce qu'on a l'habitude d'appeler une *prérogative!* Et si cette faculté est accordée du fait *de la situation de la classe*, c'est une *prérogative de classe !*

Ce jugement s'exprime encore plus clairement. Il dit sans plus de façons : « La seconde phrase du § 4 parle des prérogatives de classe; il n'y en a plus. Mais on ne peut admettre que *toute distinction entre les différentes classes* soit abolie par là. La *distinction* des classes subsiste *encore maintenant en fait et en droit*, et doit subsister dans tout Etat, quelle qu'en soit la Constitution, car elle dépend des conditions d'éducation, de culture, de vie, d'occupation principale et de fortune. »

Si la Cour suprême nous dit ici sans façons que *les distinctions de classes subsistent comme par le passé*, c'est qu'elle a par son affirmation laconique cassé l'article 4 de la Constitution ; elle peut naturellement ainsi arriver très

facilement au résultat souhaité. Les différences d'éducation, de culture, de fortune continuent en effet à exister *en fait*. Mais elles ne sont en aucune façon posées par le droit. Que quelqu'un soit aussi cultivé, aussi riche, aussi beau et se croie aussi distingué qu'il le veut, le droit n'a rien à redire à cela. Il n'y a privilège au sens juridique du mot que si le droit, dans son texte, parle, lui aussi, de privilège. Et, par conséquent, ce que l'article 4 prohibe et nie, c'est que les différences de fait de la naissance, etc., entraînent une différence dans les *droits* des personnes et se consolident sous forme de distinctions de droit.

Et si le jugement de la Cour suprême daté du 25 novembre 1853 dit de prime abord que la différence de fait qu'il y a entre les classes subsiste en droit et doit continuer à subsister dans tout Etat, parce que les différences de fait continuent d'exister, nous voyons que cette raison est vide de toute pensée ; car les différences de naissance, d'occupation, de culture, de fortune, etc. ont beau continuer à exister en fait, elles n'impliquent pas de différence juridique ; au contraire, la pensée de la société moderne qui date de la Révolution Française de 1789, et l'idée contenue dans toutes les Constitutions qui se sont depuis lors développées dans cette direction est précisément la *suivante :* ces différences de fait, sans préjudice de leur subsistance en fait, ne doivent jamais entraîner de *différences de droit*. Mais prétendre que la distinction des classes subsiste encore, même au point de vue juridique, et qu'elle *doit* continuer à subsister, c'est, très évidemment, de la part de la Cour suprême, une revision nouvelle de la Constitution si souvent revisée, à l'effet d'en supprimer l'article 4.

L'autre jugement (du 24 novembre 1856) évite du moins la maladresse de déclarer ouvertement que la « distinction des classes existe encore *en droit* » bien que naturellement son argumentation sur la cause parte du même principe. C'est pourquoi, il en vient aussi à considérer (*id.* p. 186) que cette interdiction du mariage ne montre que *la distinction indéniable des classes* et ajoute comme dernière

preuve décisive un rapprochement avec les quelques autres dispositions du Code. Ainsi le § 701, partie II, titre I du Code prussien prescrit : « *Les époux du commun* ne pourront divorcer pour offenses purement verbales ni pour voies de fait de peu d'importance. »

« On ne pourra jamais prétendre sérieusement », continue la Cour suprême, « que ces dispositions soient abolies par les principes invoqués de l'article 4, *loco citato* ; et pourtant elles sont sur la même ligne que l'interdiction du mariage au § 30 » [*loco citato*] (!!!)

La violente douleur nerveuse que ressentirait un musicien passionné, si tout un quator de fausses quintes résonnait à son oreille, rendrait à peine, croyons-nous, l'impression que doit éprouver tout juriste à la lecture de cette citation.

Des injures graves sont un motif de divorce (Code prussien, § 700, *id.*). Mais *l'existence* d'une *injure*, comme sa *gravité*, dépend de conditions de *fait*, telles que l'*animus* de l'offenseur, etc.

Puisque la question de savoir s'il y a offense — et même, offense assez grave pour autoriser le divorce — n'est pas une *question de droit*, mais une *question de fait*, il s'agit de connaître *toutes les conditions de fait*, et aussi par conséquent, le *degré de culture* des personnes en question. La même injure, proférée par un haut fonctionnaire contre sa femme, trahirait un *animus très* blessant, et serait une injure très grave, mais ne pourrait pas prouver le moins du monde un tel *animus*, placé dans la bouche d'un journalier, et cela parce que le degré de culture et les habitudes sont toutes différentes. C'est cette distinction de fait entre les différents degrés de culture et les diverses habitudes quotidiennes que le § 701 a voulu mettre en évidence, en l'exprimant comme une distinction entre les diverses situations des classes avec lesquelles il coïncide généralement. Mais l'importance de cette différence de fait, puisqu'il n'y a là qu'une simple question de fait, résulte, évidemment et d'elle-même, de la nature juridique de la chose, à ce point

qu'elle aurait été considérée au même degré quand bien même le § 701 n'existerait pas. Le Code Napoléon, par exemple, est un des codes qui ne reconnaissent en aucune façon une distinction *juridique* des classes — encore que la Cour suprême tienne cela pour « impossible » dans un des motifs déjà cités. — La loi sur le divorce du Code Napoléon ne contient pas la moindre différence de disposition pour les époux de condition différente. Et malgré cela les tribunaux français ne se sont pas encore avisés de prendre la même commune mesure pour juger les demandes en divorce fondées sur des injures graves et pendantes d'une part entre un député et sa femme, d'autre part entre un bûcheron et sa femme.

La jurisprudence française a dû décider spontanément puisqu'il y a ici une question de fait, et non pas, comme pour l'interdiction du mariage dans le Code prussien, une *question de droit*, que toute situation ou circonstance ayant une influence quelconque, et en particulier les conditions de culture déterminantes pour juger de l'existence d'un dessein offensant et de sa gravité, etc., décideraient du jugement légal.

Et la Cour suprême déclare que la *question de droit pur* constituée par l'interdiction du mariage dans le droit commun et *cette question de fait pur* sont « *sur la même ligne* ». La Cour suprême regarde donc, paraît-il, la disposition du § 701, non pas comme résultant du développement naturel de la chose, mais comme un *droit de classe* donné par le législateur au paysan, comme à l'ouvrier, de battre sa femme et de lui dire des injures !

Mais si l'on entend la disposition du § 701 *dans ce sens*, il en résultera aussi — malgré cette allégation — qu'elle est abrogée par l'article 4.

Voilà en substance les motifs sur lesquels la Cour suprême a fondé ses arrêts. — Et d'après ces *motifs*, on a déclaré des mariages nuls, on a privé des enfants de la légitimité qui leur revenait, enlevé des héritages, enfin, se rendant coupable précisément des reproches qu'on ne fait

généralement avec horreur qu'aux tendances révolutionnaires les plus avancées, en particulier au communisme, *on a aboli la famille et la propriété.*

Les développements du présent chapitre présentent des éclaircissements supplémentaires sur ce que nous avons dit dans l'introduction (p. 51 et suiv.) au sujet de l'histoire politique du concept de la rétroactivité, et contribuent d'une façon assez importante à nous faire connaître la physiologie de certaines périodes historiques et de phénomènes déterminés. Il est clair après tout ce que nous avons dit que l'on pourrait caractériser la Cour royale relativement à ces jugements en disant qu'elle est, de façon *très précise,* une *Convention renversée.* En effet, la Cour suprême n'a pas fait le *contraire,* mais bien l'*inverse* de ce que nous avons vu la Convention accomplir. Tandis que la Convention rendait juridiquement obligatoire une nouvelle loi, simplement parce qu'elle était l'expression par des actes de la conscience juridique du peuple, mais qu'elle faisait remonter cette obligation à une époque où il était douteux qu'elle eût acquis déjà une réalité juridique, la Cour suprême au contraire refuse l'existence légale à la nouvelle conscience juridique, alors même que le législateur l'a proclamée en termes exprès et l'a reconnue comme loi, et fait durer les lois *anciennes* bien qu'elles aient été abrogées par la loi — *Convention réactionnaire* en regard de la *Convention révolutionnaire française!*

VI. — Les droits de succession au point de vue juridique formel.

Des idées erronées sur la théorie qui nous occupe se sont répandues dans le droit de succession encore plus peut-être que dans les autres domaines du droit. Elles ont pris plus de consistance après la théorie de Savigny et la raison essentielle en est que ce dernier, bien qu'il reproche avec raison aux auteurs antérieurs (VIII, 481 et suiv.) de ne pas faire assez de distinction entre les changements de fait qui

se produisent dans la situation, et ceux qui sont amenés par de nouvelles lois, ne met cependant nulle part en évidence la différence qui existe entre les deux sortes de changement, et tombe lui-même autant que les anciens auteurs dans l'erreur qui est de ne pas faire de distinction entre ces divers changements.

Cependant cette cause d'erreur est très loin d'être la seule; c'est pourquoi il convient de réunir ici avec la plus grande brièveté possible les résultats, opposés aux idées de Savigny, découlant de notre théorie. Il nous faudra naturellement, au cours de cet exposé, pénétrer plus avant dans l'essence véritable du droit d'héritage et apporter ici la démonstration promise plus haut (§ 2, A).

A. — Nature juridique du testament.

La théorie courante sur cette question, et que Savigny lui aussi a développée, *loco citato*, pages 447 et suiv., est la suivante : Il faut considérer le testateur comme agissant à deux moments différents, au moment où il fait le testament et au moment où il meurt, où il laisse sans y rien changer le testament qu'il avait fait auparavant. On pourrait appeler le premier moment l'activité de *fait*, et le second l'activité *juridique* du testateur. Il n'y a que le *seul* produit de la *seconde* activité qui puisse et doive agir; celui de la première reste la plupart du temps inconnu durant tout l'intervalle de temps et demeure toujours sans effet.

Cette théorie se présente sûrement au premier coup d'œil comme exacte et non captieuse. Cependant elle souffre d'un manque de précision rigoureuse, qui, insignifiant au premier abord, mène à des conclusions essentiellement erronées. En effet, il s'introduit insensiblement la conception suivante — qui n'est pas, il est vrai, maintenue dans toutes ses conséquences — mais d'après quoi la première activité de *fait* ne serait que *préparatoire*, *inefficace en soi*, et la seconde activité au contraire celle de l'*accom-*

plissement juridique (1), comme cela ressort d'ailleurs expressément de la citation de Savigny, qui veut que « *seul* le produit de la seconde activité peut et doit agir », le premier restant toujours *inefficace*. Nous verrons bientôt les conséquences erronées qu'on a tirées de ce principe en le développant dans différentes directions. Il s'agit tout d'abord de constater l'inexactitude de cette conception et de voir de quelle sorte elle est, cette inexactitude; car elle est indéniable. S'il fallait maintenir réellement la première activité comme *purement* de fait et préparatoire, il s'ensuivrait la conséquence toute logique que la situation *juridique* existant à l'époque de cette activité *purement de fait*, c'est-à-dire à l'époque où on a fait le testament, est indifférente, et par conséquent il faudrait tenir pour valable le testament fait par un mineur, un fou ou un *deportatus* pourvu que le testateur soit à l'époque de sa mort, en tant qu'époque d'accomplissement juridique, majeur, raisonnable ou pourvu de nouveau de la *testamentifactio*. Ce serait en effet indifférent si un acte préparé par un mineur, un insensé, ou une personne ne jouissant pas de la capacité civile, avait été signé par la personne, seulement alors qu'elle aurait recouvré sa raison et la capacité civile; mais alors l'accomplissement formel de cet acte n'aurait eu lieu qu'à cette dernière époque; ou bien encore il est indifférent, pour nous servir d'un exemple plus rapproché, pour l'institution d'un fidéicommis romain, qui ne représente en effet qu'une activité *purement de fait* et non pas formelle, que la personne qui prend ces dispositions soit déportée à cette époque, pourvu qu'elle ait au moment où elle meurt, sans avoir modifié sa *volonté*, la *testamentifactio* (2).

(1) Cela se manifeste encore plus clairement dans l'expression de Bornemann qui (*loco citato*, p. 46) oppose la première activité comme l'*établissement de fait* (c'est-à-dire en quelque sorte comme la teneur démonstrative du testament), à la seconde comme qui lui confère la *validité juridique*.

(2) Voir ci-dessus p. 336 et suiv.

De même il faudrait que toute *formalité*, de laquelle ne dépend que la *validité juridique*, fût indifférente et sans aucune influence sur l'activité purement de fait de l'établissement du testament. La conséquence extrême en serait la validité de tout *testamentum imperfectum*, car il faudrait dans ce cas le regarder comme étant arrivé par la mort du testateur à son accomplissement juridique. Et, en tout cas, la *forme* du testament conforme à la loi en vigueur à l'époque de son établissement, c'est-à-dire à l'époque de l'activité purement de fait, n'aurait aucune influence et ne pourrait le protéger, si elle se trouvait n'être pas conforme aux lois régissant la forme du testament en vigueur à l'époque de « l'activité juridique » du testateur, c'est-à-dire à l'époque de sa mort (1).

Mais de tout ceci, c'est le contraire qui a lieu. Les testaments faits par les mineurs, les fous ou les déportés n'obtiennent pas en effet la validité, si les testateurs sont devenus majeurs ou bien s'ils ont recouvré la raison et les droits de citoyen à l'époque de leur mort ; pas plus qu'un testament n'est nul pour n'être pas conforme aux formalités juridiques en vigueur à la mort du testateur, pourvu qu'on ait observé les formalités existant à l'époque où le testament a été fait. Aussi bien on ne tombe pas dans des erreurs si grossières ; au contraire, dans les cas que nous avons cités jusqu'à présent, on reste dans l'opinion conforme aux lois positives (2). Malheureusement on ne l'est qu'en abandonnant, d'une façon très inconséquente, la théorie, qui, comme je l'ai montré, conduirait à un résul-

(1) Il ne faut pas passer sous silence la marche que suit Savigny, p. 148, pour arriver à poser comme identiques l'activité *de fait* et la *forme* du testament, et d'autre part, l'activité *juridique* et la *teneur* de ce testament. Les formalités civiles nécessaire à la validité d'un testament dépendent évidemment et avant tout de la qualité juridique et de l'activité juridique du testateur.

(2) § 1, Inst. *quibus non est perm.* (2,12), l. II ; l. VI, § 1 ; l. XX, § 4, *qui test.* (28,1) ; l. VIII, § 3, *de j. cod.* (29,7) ; l. I, § 8, 9, *de b. p. sec. tab.* (37,11), etc.

tat absolument opposé. Mais en la maintenant mieux dans d'autres cas, on peut être conduit par elle aux erreurs pratiques les plus graves.

L'inexactitude de cette théorie consiste donc — comme nous l'avons vu — en ce qu'elle divise le testament en deux parties et en deux activités distinctes, une activité de fait et une activité juridique, dont l'une n'existe qu'à l'époque où l'on fait le testament et l'autre à l'époque de la mort du testateur ; or, le testament est, à l'époque où on le fait, un *tout* comprenant ces deux activités : cela résulte évidemment de ce que le testateur doit avoir la *capacité civile* à l'époque où il fait ce testament, pour que celui-ci soit valable, et qu'il est valable dans la forme juridique qu'on lui a donnée à cette époque, quand même elle a été modifiée ultérieurement par de nouvelles lois sur les formalités testamentaires.

Le testament est par conséquent, dès son établissement, une *unité* de deux activités (1).

(1) On comprendra profondément maintenant l'*unité de l'action* qu'exige le droit romain pour l'établissement d'un testament. Si le fait de faire un testament n'était qu'une simple activité de fait et qu'un simple établissement matériel,il serait indifférent que la formalité exigée se fût trouvée accomplie par morceaux et à des intervalles quelconques pourvu qu'elle se trouve *exister* dans le testament à la *mort* du testateur. Et si la signature et le sceau du testateur et des sept témoins étaient sur le testament à l'époque de la mort du testateur, il importerait peu que ces signatures eussent été apposées à sept jours différents. Au contraire, les lois romaines disent la *nécessité de l'unité d'action* (*uno eodemque tempore*), voir § 3, *Inst. de test. ord.* (2, 10) ; l. XXI, C. *de test. et quemadm.* (6, 23) et l. XXIII, § 3, *qui test. facere poss.* (28, 1). Ce qu'il y a au fond de cela, c'est qu'il ne suffit pas que le testament ait la forme exigée à l'époque de la mort du testateur ; il faut, au contraire, que, dès son *établissement*, tout testament reçoive la *forme juridique* requise pour qu'il soit valable à ce moment (Nous faisons ici remarquer expressément que par *cette* expression la question de l'influence d'*un changement de loi* n'est préjugée dans aucun sens). Car si la signature du testateur et de chacun des témoins, par exemple, était apposée à sept intervalles différents, la forme requise serait sans doute dans le

L'inexactitude de cette théorie ressort d'une façon encore plus frappante, si on lui oppose positivement la théorie exacte. En voici à peu près la teneur : Le testament est en lui-même un acte terminé et arrêté (1) ressortant d'une ac-

produit de l'activité testamentaire, mais on ne pourrait dire d'*aucun* de ces sept moments où le testament a été fait, pas même du dernier, que c'est alors que le testament a reçu la forme juridique exigée. Bien au contraire, le testament, quoique pourvu de la forme exigée en tant que produit, aurait été fait, pour ce qui en regarde l'*établissement, en dehors de toutes formes*. Mais il faut que l'*acte même de son établissement soit juridique dans sa forme*, ce qui revient à dire : que le testament ne doit pas être seulement à l'époque de la mort du testateur, mais dès l'époque de son établissement, le produit d'une *activité juridique*. Voilà la nécessité *profonde* pour quoi est réclamée l'*unité* de l'action ; voilà pourquoi le testateur et les sept témoins doivent signer à un seul et même moment et sans l'intervention d'un autre acte. La dictée ou la rédaction du testament, qui n'est qu'une activité *de fait* préparant l'exécution de ce testament, n'est pas comprise dans cette unité, mais peut la devancer et se décomposer en autant de stades que l'on veut. L. XXI, C. *de test.* (6, 13) : « ... superfluum est, uno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhibere et dictare suum arbitrium et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumve proferatur testamentum, sufficit uno eodemque die nullo actu interveniente testes omnes videlicet simul nec diversis temporibus subscribere signareque testamentum », etc. La seule *exécution* du testament, qui a lieu par la signature, représente l'acte *juridique* de tester, pour lequel est nécessaire l'unité de l'action si l'on veut que le testament ne soit pas nul. — L'activité *juridique* qui se manifeste dans l'établissement d'un testament est encore plus visible dans les vieilles formes de testaments *calatis comitiis* et *per æs et libram* ; en effet, l'établissement du testament est ici au premier plan. Dans le testament *per æs et libram*, l'activité juridique et l'établissement de fait, contenus tous deux dans la confection du testament, se séparent clairement en deux moments distincts : le premier est la mancipation, le second, la *nuncupatio testamenti*.

(1) Il y a là une distinction capitale de la théorie de Savigny qui fait de l'activité à l'époque de la mort une *partie* du testament même, et, par suite, ne dit le testament *terminé*, comme cela a lieu pour l'*usucapion*, avec quoi, du reste, Savigny compare le testament que par la fin de la vie. « *Finem* autem testamenti », disent, au contraire, les empereurs Théodose et Valenti-

tivité juridique aussi bien que d'une activité en fait qui déterminent ce qui, d'après la volonté du testateur, doit advenir de son héritage après sa mort. Cet acte est en lui-même destiné à être efficace, ce qui n'empêche pas que cette efficacité ne se manifeste, d'après la volonté du testateur, qu'après sa mort. En dehors de cette détermination de date, le testateur se réserve jusqu'à son dernier soupir le droit de faire tous les changements qu'il lui plaira à ses volontés testamentaires. Le testament n'a par suite son efficacité que s'il n'a pas été révoqué. Puisque cette révocation peut avoir lieu *usque ad extremum spiritum vitæ,* il faut considérer la mort survenant sans que le testament ait été révoqué comme un acte de volonté confirmant les dispositions prises et se produisant au dernier moment de la vie, autrement dit comme une *confirmation* du testament (1). Cet *acte de confirmation* est, comme le testament lui-même, une activité à la fois juridique et de fait. C'est une activité de fait en ce qu'elle représente l'existence de la volonté du testateur. Mais c'est aussi une activité juridique, puisque le testateur doit encore avoir *la capacité civile et le droit de faire cette confirmation*, pour que celle-ci soit valable. (Il est donc nécessaire — et cela résulte de ce que nous venons de dire — que le testateur ait au moment où il meurt la *testamentifactio* et la capacité civile en général, et de plus que la teneur du testament soit encore

nien dans la loi à laquelle nous venons de faire allusion (L. XXI, C. *de test.* (6, 23) : « subscriptiones et signacula testium esse decernimus ».

(1) La *confirmation*, reposant dans la non-révocation des volontés du testateur jusqu'à sa mort, peut, dès lors, confirmer aussi des dispositions *autres* que le testament, par exemple les *donations*, défendues pendant la durée du mariage entre le mari et la femme, voir l. XXV, C. *de donationibus int. vir. et ux.* (5, 16), qui doivent être confirmées par le *silentium donatoris*. Cette *confirmatio* est même efficace, d'après les prescriptions de Justinien, — c'est implicite — non seulement dès l'époque de la mort, mais, comme une ratihabition à dater du jour de la donation, quand la donation ne dépassait pas la *quantitas legitima*.

permise juridiquement.) Et c'est uniquement par rapport à sa nature formelle extérieure que cette confirmation, consistant en une omission, n'a nécessairement *aucune forme*.

De ces principes se tirent d'elles-mêmes les conséquences suivantes :

B. — Forme du Testament.

Puisque la confirmation n'a pas de forme, il n'y a pas à s'occuper de savoir si le testament a rempli les formalités les plus grandes à l'époque de la mort, époque de la *simple confirmation*, pourvu qu'il soit conforme aux règles prescrites à l'époque de son *établissement*.

C'est une autre question au contraire de savoir si les formalités d'un acte suffisent pour lui donner la validité *par la confirmation*. Il faut naturellement répondre par l'*affirmative*, pourvu que l'acte se conforme aux règles que les lois exigent *à l'époque de la confirmation* pour la validité des actes de cette espèce. Et par suite le testament qui ne remplit que les solennités juridiquement nécessaires à l'époque de la *mort* doit être valable pour ce qui regarde la forme.

Nous venons de dégager de la nature juridique du testament les deux mêmes lois que nous avions déduites ci-dessus (§ 11) par une *autre* voie, du concept de la non-rétroactivité, et la confirmation réciproque est parfaite. On voit en même temps en vertu de quelle nécessité profonde les lois positives ont exprimé si souvent la reconvalescence des testaments si les lois étaient moins exigeantes en fait de formalités à l'époque de la mort du testateur (voir ci-dessus, p. 358-362).

Et maintenant on voit aussi clairement que c'est la conception erronée de la nature du testament dans la théorie de Savigny qui nécessairement l'a conduit à s'élever contre cette reconvalescence du testament et par suite l'a fait traiter injustement le § 17 de l'introduction au Code prussien (Savigny, *loco citato*, p. 409 et suiv., et 476). Nous avons

déjà montré que d'après la théorie de Savigny qui divise le testament en une activité de fait pur à l'époque de l'établissement du testament, et une activité purement juridique à l'époque de la mort du testateur, il faudrait, pour être vraiment logique, ne jamais juger la forme du testament que d'après la loi en vigueur à l'époque de l'activité juridique, c'est-à-dire précisément à l'époque de la mort du testateur, car les solennités de la forme font partie, d'une façon absolue, de l'activité strictement juridique du testateur (1). Mais il est clair comme le jour qu'on ne peut absolument pas stipuler une *telle* forme, parce qu'il n'est pas possible d'entreprendre au moment même de la mort ces solennités. Et comme dans cette théorie l'activité juridique et l'activité de fait, qui existent dans le testament, sont séparées l'une de l'autre et posées en deux moments distincts de la durée, comme l'activité juridique du testament n'existe plus qu'à l'époque de la mort du testateur (au lieu que l'on considère l'activité qui a lieu ensuite comme une confirmation *particulière* de nature juridique et matérielle à la fois et située en dehors du testament), il ne reste plus qu'à attribuer la forme du testament à l'activité *de fait*. Et puisque celle-ci n'a également lieu qu'à l'époque où l'on fait le testament, toute influence d'une loi facilitante, promulguée avant la mort

(1) Voir ci-dessus. Savigny répète encore, p. 466 : « La forme fait partie exclusivement du côté *de fait* du testament. » En écrivant ceci, Savigny semble poser intérieurement la question ainsi : « La forme exigée a-t-elle été observée par le testateur ? » Et ceci serait, en effet, une question de fait. Mais, prises de cette façon, *toutes les questions* seraient des questions de fait ; celle-ci, par exemple : Le testateur avait-il la *testamentifactio* ? ou bien, le testateur a-t-il fait un testament dont la teneur soit permise ? Mais ces questions se posent bien plutôt ainsi : Est-ce que la *conditio* déterminée du testateur est telle qu'il lui revienne, d'après la loi, la *testamentifactio* ? — Les formes observées suffisent-elles à assurer, d'après le droit civil, la validité du testament ? — Ces dispositions faites sont-elles permises ? — Voilà les *questions de droit* et les côtés correspondants sont les côtés *juridiques* de la chose. Le *fait* dans un testament ne concerne que la teneur de la volonté du testateur.

du testateur relativement à la forme du testament, est exclue par cette séparation des moments. Il est pourtant évident — et sans considérations théoriques profondes — que c'est une exigence singulière de demander au testateur qu'il abolisse un testament conforme aux exigences formelles de la loi actuelle pour en faire un autre *exactement dans les mêmes termes que ce dernier*, et ceci uniquement parce que le testament aurait présenté des défauts de forme d'après la loi passée, en vigueur à l'époque où le testament a été fait; loi qui ne peut plus être obligatoire pour des actes qui ne prennent le caractère d'obligation civile qu'après son abrogation.

Des principes que nous venons de développer au sujet de la nature juridique du testament on tire les conséquences suivantes qui concernent :

C. — La capacité personnelle du testateur au point de vue de sa situation juridique.

et d'abord :

a) *Les changements de fait de la situation juridique dans une même loi.*

La *testamentifactio* et l'aptitude à posséder sont, comme on sait, exigibles aux deux moments, au moment du testament comme au moment de la mort (1). Si par conséquent un *peregrinus* ou un *filius familias* a fait un testament, il reste nul quand bien même, au moment de sa mort, le *peregrinus* aurait obtenu le droit de cité ou le *filius familias* l'émancipation.

Ces conséquences résultent d'elles-mêmes et nécessairement de notre théorie du testament; car, puisque d'après

(1) Cf. ULPIEN, l. I, § 8, *de b. p. sec. tab.* (37, 11) : « Exigit Prætor, ut is cujus honorum possessio datur utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, et quum moritur. » L. VI, § 12, *de injusto* (28, 3). ULPIEN, *Fragm.*, XXIII, § 6. GAIUS, II, § 147.

nous, l'activité du testateur est une activité *juridique aussi bien* au moment du testament qu'au moment de la confirmation (de la mort), il va de soi qu'il faut exiger de lui aux *deux moments* la *capacité juridique* que déclare indispensable la loi sur les dernières volontés en vigueur au moment de la mort du testateur. Sinon, ou bien — s'il manque à l'individu la capacité à l'époque où il a fait le testament — il n'y a pas de produit d'une personne *capable de volonté* à ce point de vue, et l'activité confirmatrice ne trouve alors *rien à confirmer* au moment de la mort, ou bien — s'il n'a pas la capacité au moment de la mort — le testateur n'a pas le droit de confirmation et le testament est, par suite, nul. Et il faut retenir ceci : *dans les deux cas*, le testament est vicieux *au point de vue de la loi actuellement en vigueur.*

Savigny lui-même, *loco citato*, p. 451 et suiv., s'accorde à reconnaître que le testateur doit avoir aux deux moments la *testamentifactio* et l'aptitude à posséder. Mais il ne fait qu'emprunter cette idée au droit romain sans la faire sortir en aucune façon de sa théorie du testament et sans pouvoir la *concilier* avec elle. Sa théorie, au contraire, est en contradiction absolue avec cette idée ; il importe de mettre ce fait en évidence. Si, en effet, l'activité du testateur au moment où il fait le testament est *purement matérielle*, comme c'est le cas pour Savigny, on ne pourra *jamais* concevoir pourquoi l'on doit exiger, dès cette activité purement matérielle, les *qualités juridiques* qui conviennent seulement à l'activité juridique, à savoir la *testamentifactio* et l'aptitude à posséder. Il faudrait plutôt que toutes deux ne fussent nécessaires qu'à l'époque de la mort. Savigny tombe à ce sujet dans un tel embarras (p. 453) qu'au lieu de faire sortir de sa conception la nécessité de ces deux conditions pour les deux moments, il dit : « Ces deux conditions qui déterminent l'aptitude à tester (à savoir la *testamentifactio* et l'aptitude à posséder) tombent d'accord sur ce point qu'elles sont également nécessaires pour les *deux* moments, l'époque du testament et l'époque de la mort, *ce*

qui signifie qu'elles font partie dans le testament aussi bien de l'activité matérielle que de l'activité juridique ! » Ainsi, parce que ces aptitudes juridiques doivent exister aussi à l'époque du testament — et Savigny, quand il devait le démontrer théoriquement, ne fait qu'emprunter cette notion au droit romain, comme un point déjà fixé — elles *relèvent*, comme le dit Savigny, — par un écart logique monstrueux — de l'activité matérielle. Son devoir aurait été au contraire de nous montrer comment, parce qu'elles font partie de l'activité matérielle, elles devaient exister aux deux époques. Mais ce saut périlleux ne fait que nous montrer qu'il est absolument impossible, logiquement, quand il s'agit d'un testament, de faire rentrer les aptitudes juridiques dans l'activité de fait.

b) *Le changement de loi dans la même situation de fait.*

Si Savigny emprunte son principe, au sujet du changement *de fait* dans la condition juridique du testateur, à la théorie romaine, sans pouvoir le concilier en aucune façon avec sa théorie du testament, il commet encore une erreur très grave — et les autres auteurs (1) en même temps que

(1) Les Français tombent, en effet, dans la même erreur, voir, par exemple, CHABOT, II, p. 438 et suiv. ; MERLIN, *Rép. de jurisprud.*, v. *Effet rétroactif*, sect. 3, § 5, n° 3, p. 590 et v. *Testament*, sect. 1, § 6.— Meyer est le seul dans ses *Principes sur les questions transitoires* à toucher juste. Mais sa démonstration est pire que s'il n'en donnait point. En effet, d'une part, il cherche à réfuter, très superficiellement d'ailleurs, la *regula Catoniana*, qui n'entre pas ici en ligne de de compte. D'autre part, il s'appuie, comme sur une preuve irréfutable, sur les dispositions relatives au *testamentum militare*, qui ne disent absolument pas ce que Meyer veut leur faire dire — comme Merlin le montre dans un passage précédemment cité —, enfin, il invoque à l'appui de son opinion un jugement de la Cour de cassation de Paris, daté du 28 germinal an XI et un autre jugement de la Cour d'appel de Turin du 7 juin 1809, qui tous deux lui viennent en aide aussi peu l'un que l'autre ; car le premier ne fait dépendre des lois en vigueur à l'époque de la mort du testateur que

lui. Il veut en effet traiter de la même façon la capacité du testateur modifiée par un *changement de loi* et la même capacité modifiée par un changement dans la situation de fait. Savigny, il est vrai, nous avertit à la même page (p. 461) de ne nous servir qu'avec « prudence et discernement », pour les changements juridiques, des rapprochements avec ces règles observées pour les changements de fait. Il ne fait néanmoins aucune distinction entre ces deux sortes de changements ; il ne cherche pas non plus à montrer pourquoi les changements apportés à la capacité testamentaire par des circonstances de fait et par un changement de loi auraient la même nature et le même effet juridiques ; il (p. 461 et suiv.) affirme purement et simplement qu'il en est dans le premier cas comme dans le second. Pour lui, par conséquent, le testament fait par un *peregrinus* reste nul, même si une loi a pendant sa vie donné à tous les *peregrini* la capacité testamentaire ; de même, par exemple, restent nuls le testament du déporté qui a récupéré plus tard ses droits de citoyen, ou celui du *filiusfamilias* qui a été émancipé avant sa mort.

En ce qui nous concerne, nous avons développé et démontré systématiquement au § 10 (voir pages 331-350) qu'il y a une différence conceptuelle et juridique entre les changements de fait et ceux qui surviennent par suite d'une *modification de la loi*, et d'après les développements que nous avons faits alors, la reconvalescence du testament n'est sujette à aucun doute, dans le cas où un *changement de loi* a donné au testateur encore en vie la capacité testamentaire. Il nous faut donc renvoyer le lecteur à ce passage. Cela n'est pas superflu, encore que nous allions ici produire cette preuve en l'appliquant plus directement à la nature du testament ; c'est en effet dans ce que nous avons

l'étendue de la quotité disponible, et le second, uniquement l'indignité du testateur ; points qui ne sont absolument pas contestés par la jurisprudence actuelle et qui n'ont rien à voir dans la capacité testamentaire du légataire.

dit alors que se trouve la base systématique et compréhensive de ce qu'il nous faut dire maintenant.

Il est pourtant facile de distinguer la capacité testamentaire modifiée par un changement de fait dans la situation de l'individu, la loi restant la même, d'une capacité testamentaire nouvelle introduite par une nouvelle loi. Dans le cas d'un changement de fait, l'incapacité du testateur à l'époque de l'établissement du testament est reconnue par la loi *encore en vigueur actuellement* à l'époque de la mort du testateur. Si l'on a en vue le testament en tant que *produit*, on voit que ce produit est l'œuvre d'un individu (déporté ou *filiusfamilias*) qui serait encore, *d'après la loi actuelle, incapable* de faire cet acte. Si au contraire la capacité testamentaire a été introduite par un changement de loi, les circonstances de fait restant identiques, on ne peut plus dire que le testament a été fait par un individu qui d'après la *loi actuelle* n'aurait pas la capacité nécessaire pour faire cet acte et dont par conséquent la *loi actuelle reconnaîtrait* l'incapacité.

Il est indéniable, après cette distinction, que les deux cas sont diamétralement opposés. Si dans un testament ouvert sous la loi actuelle, on cherchait une incapacité du testateur en s'appuyant sur une *loi abolie*, et en méconnaissant la loi *actuelle* qui ne reconnaît plus cette incapacité, on commettrait, comme nous allons le voir bientôt, le *contraire* de la rétroactivité. On ne commettrait pas une non-rétroactivité, mais on introduirait ou prolongerait la loi *passée* dans le domaine de la loi *présente* qui lui est opposée, et qui est par suite un désaveu de cette dernière.

Si maintenant l'on examine de plus près la nature du testament, il apparaît que la théorie romaine, très juste d'ailleurs, des changements de fait de la capacité testamentaire — l'exigence de la capacité testamentaire à la fois à l'époque du testament et à l'époque de la mort — repose sur l'excellente raison que voici : au moment où le testateur faisait son testament, il ne *pouvait avoir de volonté*, s'il n'avait pas la capacité nécessaire, et par conséquent

il n'en avait pas. Car c'est faire une tautologie que de prétendre que quelqu'un qui ne *peut* avoir de volonté, n'en a pas. A l'époque où il est mort, le testateur *pouvait* avoir une volonté, mais *n'en avait pas*. Et par conséquent, puisque la première fois le testateur *ne pouvait* avoir de volonté et que la seconde fois il *n'en avait pas*, il n'y a pas de dispositions testamentaires. L'activité confirmatrice qui s'exerce à l'époque de la mort ne trouve, d'après les lois en vigueur *à cette époque*, aucun produit d'une volonté valable, qu'elle puisse *confirmer*.

Mais si le testateur, au lieu d'avoir acquis la capacité testamentaire par un changement de fait, l'a reçue d'une nouvelle loi, la situation est la suivante :

La loi *actuellement* en vigueur ne reconnaît *plus* l'incapacité d'un tel testateur ou la nullité du testament qu'il a fait. Au contraire, en reconnaissant, par suite de l'abolition de la prohibition antérieure, le testateur comme capable d'avoir une volonté et de faire un testament, elle reconnaît en même temps qu'il faut le regarder, d'après la conscience juridique actuelle de la nation, comme *capable en soi depuis toujours d'avoir une volonté et même de faire un testament* (voir ci-dessus pages 332-333). C'est ce qui ne saurait avoir lieu pour le *deportatus* grâcié ou le *filiusfamilias* émancipé, à qui la capacité testamentaire et même l'aptitude à posséder sont conférées, sans que ces événements matériels signifient en rien que cette capacité leur était *auparavant inhérente de soi* et qu'il lui soit simplement arrivé d'être reconnue. Mais si, dans le cas d'un changement juridique, la conscience juridique actuelle de l'esprit général regarde le testateur comme capable *en lui-même* et *de tout temps* de faire un testament, elle sait pourtant affirmer que la *réalité* est le domaine du droit *en vigueur* et non de *ce qui existe en soi* (virtuellement), et que cette capacité testamentaire du testateur ou la validité de son testament existant en *elles-mêmes* (virtuellement) ne deviennent *réelles* qu'à l'apparition de la nouvelle loi, et par conséquent *qu'elles ne se présentent qu'à partir de ce moment*.

La conscience juridique actuelle sait donc aussi respecter le droit passé et lui laisser — car c'est là le véritable sens de de la non-rétroactivité — son influence légitime dans les effets qui se produisaient à l'époque où il régnait. Mais la nature même du testament ne lui permet pas d'avoir de tels effets, puisqu'il n'entre en activité qu'à l'époque de la mort du testateur. Nous avons vu ci-dessus et nous avons prouvé par l'examen des dispositions légales sur le droit matrimonial, la légitimité des enfants, etc. que le changement juridique se distingue du changement de fait, relativement à ce qui survient à partir de l'époque où est promulguée la nouvelle loi, — en ce que la *validité* de l'action de la volonté est regardée par la loi actuelle, anéantissant les *prohibitions* antérieures, comme existant *de tout temps en soi*, et que cette validité apparaît *ab nunc* (c'est-à-dire dans les effets qui surviennent à partir du moment présent), même dans des situations juridiques *qui ont pris naissance* auparavant. C'est en effet à partir de ce moment que cette *chose existante en soi* (virtuellement) a été *reconnue* par la nouvelle conscience juridique, à partir de ce moment donc qu'elle a obtenu sa *réalité juridique*. Et ce sera le cas pour le testament d'autant plus que c'est un acte destiné à n'être pas obligatoire mais toujours révocable jusqu'à ce jour, et à n'obtenir la réalité juridique qu'à l'époque de la mort du testateur. Il est par conséquent impossible, d'après la nouvelle loi, de méconnaître la *capacité testamentaire* du testateur et la *validité* du testament, quand il s'agit de testaments qui n'entrent dans la réalité juridique, par la mort des testateurs, qu'après l'apparition de cette nouvelle loi.

S'il ne s'agissait que de fournir une preuve juridique suffisante de notre affirmation — au lieu qu'il nous faut la plupart du temps remonter de la *cause suffisante* à la *cause finale* pour démontrer la connexion d'une vérité purement juridique et des lois les plus intimes de l'esprit, nous aurions pu être beaucoup plus bref! Nous n'aurions eu qu'à nous référer à notre théorie du testament et à dire :

La question de savoir si une disposition de la volonté

peut, grâce à une confirmation, entrer en activité et être valable juridiquement, ne dépend que des *lois en vigueur au moment de la confirmation* — c'est-à-dire des lois en vigueur au moment de la mort.

Cette preuve juridique est suffisante et irréfutable. Elle trouve sa *cause finale*, son accord profond et sa connexion avec les lois de l'esprit — et il en est de même pour le résultat qu'elle prouve — dans ce que nous avons dit plus haut et dans le développement détaillé que nous avons fait au § 10.

Nous avons donc vu que dans le cas d'un changement de loi — à la différence du changement de fait — on s'en rapporte pour la capacité testamentaire toujours et *uniquement* à la loi en vigueur au moment de la mort du testateur. Si l'on nous demande maintenant s'il n'est pas possible de trouver dans le Panthéon juridique une confirmation positive du résultat que nous avons obtenu, nous ne nous laisserons certes pas aller à rechercher s'il faut voir dans l'observation faite par Ulpien au sujet de la *regula Catoniana* (1), à savoir « Regula Catoniana ad *novas leges* non pertinet », une confirmation de notre théorie à propos de la distinction à faire entre les changements de fait et les changements de loi, ou s'il faut faire rapporter ces *novas leges* aux dispositions de caducité stipulées par la *L. Julia* et *L. Papia Popæa* (2).

Mais en tous cas notre théorie est pleinement confirmée par les §§ 11-13, tit. XII, Ire partie, du Code prussien, dont voici la teneur :

(1) L. I, *de regula Catoniana* (34, 7) : « Catoniana regula sic definit quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere ; quæ definitio — ajoute Celse — in quibusdam falsa est. D'ailleurs, la *regula Catoniana* ne se rapporte pas aux héritages ; voir Papinien, l. III, *eod. tit.*

(2) Cf. Cujas, *Observ.*, lib. XIV, th. 4 ; Gothofredus, *ad*, l. V, *de regula Catoniana* ; Pothier, *Pandectes*, lib. XXXIV, tit. 7, art. 2, note c ; Voet, *ad Dig.*, Tit. *de regula Catoniana*, n° 1.

§ 11. — La capacité ou l'incapacité d'un testateur sont déterminées d'après l'époque où il a établi ses dernières volontés.

§ 12. — Si le testateur n'avait pas à cette époque, par suite d'une absence *naturelle* de droits, la capacité pour établir ses dernières volontés, les prescriptions qu'il a faites restent *nulles*, même si, *par la suite*, il est rentré en jouissance de tous ses droits.

(La cause qui a fait récupérer ses droits à l'individu est donc ici une cause *de fait*).

§ 13. — Mais si l'obstacle venait de l'*interdiction* prononcée par une *loi positive*, — sans rapport avec l'absence de capacité naturelle requise pour l'établissement de volontés, — ses dispositions sont valables, pourvu que l'*obstacle soit tombé par la suite*.

L'incapacité indiquée ici reposait donc sur des *motifs juridiques*. La théorie que nous avons développée plus haut était donc sûrement celle que le Code prussien envisageait. Mais le Code prussien ne le faisait pas en toute clarté et n'en avait pas pleinement conscience : c'est pourquoi on y trouve une transposition et une méconnaissance de cette théorie. Si le défaut de capacité se trouve levé *par suite d'un fait*, c'est pour lui un défaut *naturel* de capacité qui se trouve ne plus exister — et cela, il le dit précisément au § 12 ; — la confusion était facile. En effet, le défaut naturel de capacité testamentaire est de telle sorte : ou bien qu'il ne puisse être levé jamais qu'en fait — dans la folie, par exemple, — ou bien qu'il soit levé par un fait, presque toujours, par exemple, pour le défaut d'âge. Ainsi s'identifient pour le Code prussien le changement *de fait* de l'incapacité en capacité, et l'abolition de l'incapacité naturelle. Il a songé au premier de ces changements ; et c'est cette pensée qui le guide, mais il parle du second (1). La

(1) Comme si le testament ne restait pas nul, dans le cas où le

conséquence en est l'inexactitude positive suivante : l'abolition légale d'une loi prohibitive « *ne se rapportant pas à un manque des capacités naturelles* qui permettent la déclaration d'une volonté civile » amènerait la validité du testament. Mais l'incapacité testamentaire reposant sur un défaut de capacité *naturelle* peut être levée, elle aussi, par *un changement de loi*, ce qui, à vrai dire, n'est pas le cas pour la folie, mais peut avoir lieu pour les *muets* (1), à qui l'ancien droit romain ne donnait pas la capacité testamentaire, mais qui la reçurent (2) de Justinien ; il en est de même de l'*âge* exigé par les lois pour la capacité testamentaire. De nouvelles lois abolissent-elles des incapacités de ce genre, leur abolition ne s'est pas produite par un *fait*, bien qu'elles reposent sur des qualités naturelles, mais par suite de l'abolition d'une « loi prohibitive positive ». Il y a plus ! Sous l'empire des *nouvelles* lois, qui par exemple réduisent l'âge requis pour la majorité testamentaire, on ne peut absolument plus dire, si l'on s'exprime avec rigueur, que l'incapacité antérieure reposait sur un défaut *naturel*. Puisque la conscience juridique actuelle n'admet plus l'incapacité testamentaire à tel âge déterminé, on ne peut plus en effet dire que cet âge implique un défaut de capacité *naturelle* qui l'empêche de déclarer sa volonté civile, quand bien au contraire cette capacité naturelle vient de lui être donnée. Le défaut naturel antérieur se présente donc maintenant comme une disposition antérieure de la loi et *rien que de la loi*, et, par conséquent, comme ne reposant que sur des *raisons de droit* ; il ne peut donc arriver rien d'autre dans ce cas que ce qui arrive dans l'abolition de lois prohi-

testateur dépourvu de la seule capacité *juridique* verrait ce défaut de capacité levé *seulement par suite d'un fait*. Ce serait pourtant toujours le cas pour le Code prussien ; car c'est la conséquence du § 11.

(1) Le droit commun ne pouvait pas, il est vrai, penser à ceux-ci, car il donne au § 26 (XII, 1), la *testamentifactio* aux sourds et aux muets.

(2) L. X, C. *qui test. poss.* (6, 22).

bitives positives, sur lesquelles était fondée l'incapacité juridique. Le Code prussien ne s'en aperçoit pas, parce qu'il lui arrive — comme il arrive souvent aux auteurs (nous l'avons bien des fois prouvé) — d'être sous l'influence de grandes et justes pensées, mais qui ne sont par arrivées à prendre conscience d'elles-mêmes avec une absolue clarté, et qui alors, se réalisant, entrent en contradiction entre elles (1).

Enfin c'est encore ici le moment de faire remarquer que notre théorie est la première qui, au lieu de considérer le testament comme un acte qui se prolonge jusqu'au moment même de la mort et ne se termine que là, le regarde au contraire comme un acte séparé et terminé en lui-même, complété par une confirmation également isolée et considéré comme ayant lieu au moment de la mort. Pour cette raison, elle explique seule la complète absence d'influence des *intervalles écartés* au point de vue matériel comme au

(1) Mais Bornemann tire des paragraphes du Code prussien que nous avons cités une conséquence injustifiée et qui méconnaît leur esprit (*loco citato*, p. 47). D'après le Code prussien, un testament à l'exécution duquel aucune restriction légale (tirée de raisons de droit) du testateur ne s'opposait, reste *valable* sous une législation qui introduit des restrictions atteignant le testateur, et cela parce que, selon ces paragraphes, le testament qui serait *nul* par suite d'une telle restriction existante à l'époque où on l'a établi est rendu *valable* par l'avènement d'une loi abolissant la restriction. Par conséquent il serait suffisant, dit Bornemann, selon le Code prussien, que le testateur eût la *testamentifactio à un seul* de ces deux moments, que ce fût à l'époque du testament ou à celle de la mort ! Cette théorie erronée est tout à fait éloignée du Code prussien. Ce dernier au contraire ne pose que la théorie suivante (§ 11 et 12) : dans le cas d'un simple changement de fait, il ne faut considérer *que* l'époque du testament, et dans le cas d'un changement purement juridique produit par l'abolition d'une loi prohibitive ne se rapportant pas à la capacité naturelle, *il ne faut regarder que l'époque de la mort*. Et c'est précisément pour cette raison que le Code prussien prescrit, dans le cas d'un changement juridique, produit par l'*avènement* d'une loi prohibitive ne se rapportant pas à la capacité naturelle, qu'il ne faut également considérer *que l'époque de la mort*, ce qui s'accorde parfaitement avec la théorie exacte.

point de vue juridique et par suite la nécessité profonde de la règle romaine : *Media tempora non nocent ;* et par conséquent que les choses ne se comportent en aucune façon comme Savigny l'indique (p. 453) dans sa théorie du testament, où la persistance de la capacité dans « tout l'intervalle écoulé » est regardée comme « une conséquence théorique rigoureuse » qui a été rejetée seulement comme « ne répondant pas aux *besoins pratiques.* »

D. — Capacité personnelle du testateur quant à ses qualités physiques.

Nous venons déjà d'effleurer cette question, mais il nous faut la regarder de plus près, d'une part à cause de la grande confusion que les auteurs y amènent en ne distinguant pas les faits qui ne sont identiques qu'en apparence, et en fait absolument opposés, et d'autre part pour indiquer ce qu'il en est par rapport à notre théorie du testament. Et, tout d'abord, il nous faut encore distinguer le changement de fait et le changement juridique.

a) *Changement de fait.*

Les causes *physiques* qui produisent aujourd'hui l'incapacité testamentaire sont : la *folie* et le *défaut d'âge* (minorité testamentaire). Dans le cas de la folie, le changement de fait peut se produire en *deux sens différents.* Un fou peut faire un testament et avoir recouvré sa raison quand il meurt. Et réciproquement un homme jouissant de ses facultés peut tester et être fou à la fin de ses jours. Au contraire, dans le cas de la minorité testamentaire, le changement *physique* n'est possible que *dans un seul sens.* Un individu qui n'a pas la majorité testamentaire peut tester et avoir atteint à sa mort l'âge de la capacité testamentaire. Par contre il n'est pas possible qu'un testateur ayant déjà

atteint l'âge requis pour la capacité testamentaire la perde autrement que pour un *changement de loi*.

De ces distinctions qu'on ne remarque pas découle une différence dans la façon dont le droit traite ces deux sortes d'incapacité.

Si le testateur, étant dément à l'époque où il a fait le testament ou n'ayant pas encore alors l'âge requis, a, quand il meurt, recouvré sa raison ou atteint l'âge nécessaire, la loi étant restée la même, il en résulte — car jusque-là les deux incapacités sont tout à fait parallèles — les conséquences suivantes tirées de la nature du testament telle que nous l'avons décrite plus haut.

La folie et le défaut d'âge, en tant que propriétés *physiques*, relèvent de l'activité *de fait* de la volonté du testateur. Sans la raison, soit qu'elle manque par suite d'une maladie cérébrale, soit que le développement intellectuel ne soit pas encore terminé, c'est-à-dire par défaut d'âge, une *volonté* véritable n'a pas d'*existence*. Si une volonté telle n'existe pas, l'activité confirmatrice ne trouve au moment de la mort *rien* de ce qu'elle pourrait confirmer ; et il se passe alors ce que nous avons déjà vu ci-dessus (p. 508-513) : alors que le testateur *voulait*, il *n'avait pas le droit* de vouloir ; ou plutôt, précisément à cause de cette dernière condition, *il n'avait pas réellement de volonté* ; mais il y avait simplement eu un écrit matériel *sans que la volonté véritable nécessaire à l'accomplissement de cet acte eût été active*. D'autre part, alors que le testateur *pouvait* avoir une volonté, il ne *voulait* pas. Car la confirmation, bien qu'elle implique aussi, comme nous l'avons vu (p. 503 et suiv.), *la continuation en fait de la volonté*, ne contient, et précisément pour cette même raison, aucune volonté déterminée et plus spéciale, mais *présuppose* une telle volonté, déjà exprimée autre part, et simplement sanctionnée par elle.

On voit ainsi que l'incapacité existant pour des causes physiques à l'époque de l'établissement du testament n'est pas sauvée par une abolition physique de ces causes au moment de la mort.

Si au contraire le testateur avait toute sa raison en faisant le testament et que, par un changement de fait, il tombe ensuite dans la folie — et, comme nous l'avons déjà fait remarquer, on ne peut dire que ce cas soit l'analogue de celui de la majorité — il résulte de la nature du testament les conséquences suivantes : il existe un testament valable fait par un individu capable de volonté. Cet acte est complet et achevé en soi. Il n'a besoin que d'une *confirmation.*

Mais celle-ci consiste, comme nous l'avons vu plus haut, en un *prolongement de la volonté* continuée jusqu'à la mort. Or, c'est bien ce prolongement de la volonté que nous trouvons ici. En effet, tant que le testateur avait son bon sens, il n'a pas changé l'expression de sa volonté, et à partir du temps de sa folie, et même à sa mort, il a existé si peu pour lui un autre vouloir que bien au contraire il ne pouvait plus *avoir une autre volonté.* Donc la continuation d'une volonté identique existe à l'époque de la mort ; et par conséquent la condition du non-changement *physique* de la volonté, à laquelle le testament reste lié, est remplie. Le côté *juridique* de la confirmation à l'époque de la mort n'est pas du tout en question, car l'incapacité du fou n'est pas une incapacité *juridique* ; elle est une incapacité *de fait* et repose sur des qualités *physiques ;* en d'autres termes : ce n'est pas la loi en tant que loi qui l'empêche de faire valoir sa volonté ; l'obstacle est au contraire dans ce fait qu'il *n'a pas de volonté* et, *s'il en avait une*, il lui appartiendrait de disposer de sa fortune comme bon lui semblerait (1). Et en tant que nous avons sous les yeux une *véritable* disposition volontaire du fou, en tant qu'elle n'est pas modifiée, ce qui a lieu dans le cas d'un testament venant du temps où il avait encore la santé cérébrale, on ne peut mettre en doute la capacité *juridique* qui lui permet la confirmation à l'époque de la mort.

(1) Cette nature purement physique et en aucune façon juridique de l'incapacité par suite de folie est principalement mise en lumière dans la capacité attribuée au fou de tester dans ses intervalles de lucidité.

Il découle de la nature juridique du testament la théorie suivante, qui s'accorde complètement avec le droit romain (1) : à savoir qu'il faut toujours, et *uniquement*, dans le cas de *changements de fait*, des capacités reposant sur des *qualités physiques*, tenir compte de la capacité à l'époque où l'on a fait le testament, et *jamais* de la capacité à l'époque de la mort.

b) *Changement juridique.*

De même que la majorité testamentaire une fois acquise ne peut plus se changer en incapacité par un changement de fait, de même dans le cas de la folie, l'incapacité ne pourra devenir capacité ou inversement par un *changement juridique* ; car il n'existe jamais une législation qui puisse attribuer la capacité civile à la folie ; la différence qui sépare les législations ne pourra donc ici concerner que des points de détail. C'est à les rechercher que se bornera l'étude de la majorité testamentaire attachée à l'âge naturel. Le changement juridique peut se faire sentir sur cette majorité de deux façons différentes :

Le testateur possédant la majorité testamentaire peut devenir incapable par suite d'un changement de loi. Ou bien, au contraire, le testateur peut avoir été incapable quand il a fait le testament d'après les lois en vigueur à cette époque ; tandis que, d'après la loi en vigueur à sa mort, il aurait eu la majorité testamentaire dès le moment où il a fait le testament.

La majorité testamentaire est attribuée par le droit commun de l'Empire germanique : aux femmes, à douze ans accomplis, aux hommes, à quatorze ans accomplis ; le droit français l'accorde, sans distinction de sexes, à seize ans accomplis ; le droit prussien, à quatorze ans accomplis.

Si, par conséquent, une jeune fille de 13 ans, étant sous

(1) Voir les passages de la remarque 1, p. 408.

l'empire du droit prussien, fait un testament, et que là-dessus le droit commun germanique soit introduit, la question se pose de savoir si le testament est valable, au cas où la jeune fille meurt à ce moment. Savigny (*loco citato*, p. 463), Bornemann (*loco citato*, p. 15) et en général tous les auteurs le nient absolument. Mais nous avons déjà vu ci-dessus, p. 403, que d'après les principes, c'est absolument le contraire qu'il faut admettre.

On s'est toujours, à ce sujet, laissé guider par l'analogie suivante : sous une même loi, le testament fait antérieurement à l'âge de la majorité testamentaire n'est pas valable. Mais c'est diamétralement l'opposé. La *loi actuelle* même, dans le cas de ce changement purement de fait, voit dans l'âge du testateur au moment il faisait son testament un âge qui *exclut* la possibilité d'une déclaration de volonté, comme aussi la raison et la réflexion ; et le fait que le testateur avance en âge ne change rien au caractère du testament qui est de n'être pas un *produit de la volonté*. Mais dans le cas présent, la loi *actuelle* reconnaît au contraire au testateur, quand il fait son testament, un âge où l'on est *capable de volonté* et où *la raison est suffisamment mûre*, et cette loi ne peut donc, sans entrer en contradiction avec son contenu légal, traiter le *produit* testamentaire à qui la mort vient de *donner l'efficacité juridique* comme la conséquence d'une activité dépourvue de volonté (1). Si l'on faisait

(1) Il faut se garder de vouloir prouver ce résultat par des fictions comme celle-ci : Par le fait que le testateur est mort sous une loi nouvelle qui lui attribuait la capacité civile, il faut le regarder comme ayant refait son testament depuis l'apparition de cette loi. De telles fictions ne sont généralement que l'expression d'un manque de pensée profonde ; car le penseur éviterait ces fictions et les erreurs qui en résultent. En ce qu'elle a d'exact, cette fiction est une façon de donner une forme plus concrète, mais plus obscure, à la pensée que nous avons développée plus haut dans toute sa rigueur de principes. Mais la fiction même n'est pas le moins du monde exacte, car elle ne permet pas de distinguer ce qui est exact et inexact. Si elle était juste, il faudrait l'appliquer nécessairement dans le cas où le testament, ayant été fait à un *âge où la capacité n'est pas admise non plus*

l'objection que la loi prohibitive ne se rapporte, à l'époque de l'établisement du testament, qu'à un défaut de capacité *naturelle*, cela ne changerait rien à l'affaire. Car nous avons montré dès la page 518, en faisant la critique du Code prussien, que rigoureusement, après que la *nouvelle loi a fait son apparition*, on ne peut même pas admettre que le défaut existant au moment où l'on a fait le testament fût un défaut de capacité *naturelle*. En effet, puisque la loi *actuelle* ne reconnaît plus dans cet âge et ce sexe déterminés un défaut naturel de cette espèce, le défaut de capacité qui existait alors n'apparaît plus comme *naturel*, mais comme ayant été introduit par le *droit civil* de cette époque, droit dont la teneur n'est plus aujourd'hui obligatoire comme telle. Tout ce que nous avons dit plus haut sur le changement de la *testamentifactio* juridique conserve ici sa valeur. Enfin, s'il nous faut résumer la démonstration tirée de la nature juridique du testament, nous dirons que la preuve en résulte des deux principes suivants, qu'on ne pourra pas même essayer de contredire. Le testament est une déclaration de volonté liée à une *condition*, celle d'une confirmation ultérieure, consistant en la non-révocation, jusqu'à la mort, de la volonté une fois déclarée. La question de savoir si cette déclaration de volonté, liée à la condition d'une confirmation ultérieure, contient suffisamment en elle les éléments d'une volonté véritable, de sorte qu'elle puisse arriver par la confirmation à l'activité juridique, ne peut se résoudre que d'après les lois en vigueur, à l'époque de la confirmation, au sujet des éléments requis pour la validité de la volonté d'un testateur.

Par la même occasion se retrouve décidé le cas contraire: une jeune fille de treize ans a fait sous le régime commun

par la nouvelle loi, le testateur ne serait mort que plus tard, à une époque où il aurait la majorité testamentaire, c est-à-dire qu'elle devrait être introduite en général dans le cas où le testateur, incapable au moment de tester, meurt, sous la même loi, après avoir atteint la majorité testamentaire par un changement de fait pur; il faudrait alors que le testament fût valable, comme refait fictivement, ce qui serait absolument faux.

impérial un testament, et meurt sous le droit prussien avant quatorze ans accomplis ou sous le droit français avant seize ans accomplis. Le testament est nul. Néanmoins les auteurs disent tout le contraire (1). Mais la complète inexactitude de cette solution est déjà prouvée par les deux derniers arguments ci-dessus. Il ne faut pas alléguer que tout semblablement pour le fou, qui ne l'était pas quand il a fait son testament, on ne considère pas l'époque de la mort, mais seulement l'époque du testament, et qu'il ne s'agit dans ce cas comme pour le mineur que de qualités *physiques*. Rien n'est plus trompeur que cette analogie apparente ! Pour le fou, la loi reconnait encore à l'époque de la mort qu'il a été sain et capable de volonté au moment où il a fait son testament. Et il est donc impossible — comme nous l'avons vu de très près (p. 521 et suiv.) — que la loi refuse la validité à des dispositions testamentaires qui ont été faites dans un état où la loi admet que l'individu est capable de volonté, alors que ces dispositions n'ont pas été révoquées.

Il en est tout autrement pour l'individu qui perd la majorité testamentaire par une loi ultérieure.

Dans ce cas, la loi actuelle *ne reconnaît pas comme existant* à l'époque où le testament a été fait la capacité *naturelle* d'avoir une volonté, et elle ne devrait la reconnaître au point de vue *juridique* que relativement à des actes et des manifestations *individuelles* ayant déjà conquis une *existence juridique* sous l'empire de l'ancienne loi qui pensait autrement qu'elle. Mais cette existence juridique pour le testament lié à la condition de la révocation ne se produit qu'au moment de la mort. Ou bien, au contraire, si l'on considère la chose sous un autre angle : c'est par une circonstance purement physique, à laquelle la loi n'a pris aucune part, que le fou est devenu incapable d'avoir une volonté. Mais à la différence de la loi antérieure, qui reconnaissait à l'âge de treize ans la capacité naturelle d'exprimer sa vo-

(1) Cf. Savigny, *loco ; citato* Bornemann, *loc. cit.*, autres.

lonté dans un testament, la loi actuelle ne la reconnaît plus qu'à l'âge de seize ans, il faut donc qu'elle se rende compte par cette *comparaison* que l'incapacité d'avoir une volonté avant l'âge de seize ans accomplis n'est plus uniquement *naturelle*, mais avant tout aussi une *incapacité jure civili* introduite par le *droit civil*. En d'autres termes : Si la pensée générale qu'il n'y a pas de capacité de volonté avant un certain âge et une certaine maturité déterminée par cet âge, affirme une vérité *naturelle* et un défaut de capacité *naturelle*, il faut bien reconnaître d'autre part que la fixation exacte par des chiffres de l'âge déterminé où commencera cette maturité de volonté est une détermination ressortissant *purement à la nature du droit civil*, comme le montrent déjà les différences des législations diverses pour ce qui est de l'âge (1). Comme cette disposition est du domaine du droit civil, ce qu'il y a avant tout au moment de la mort, c'est *une incapacité de nature purement juridique*, et en l'absence de capacité juridique, la *confirmation* ne peut donc être efficace — (condition qui, nous l'avons vu

(1) Si, dans le vieux droit allemand, où l'aptitude à hériter repose sur l'idée de la communauté de ceux qui sont en état de porter les armes, l'infirme ne peut recevoir ni fief, ni héritage (*Code saxon*, I, 4 ; de même les « minus potentes » des lois franques, voir *Capitulaire* II, a, 805, c. XXIV ; *Capitulaire* II, a. 806, c. II ; *Capitulaire* IV, a. 806, c. III), si pour la même raison d'après le droit féodal le muet (*Lib. Tend.*, I, 6, § 3) et d'après quelques-uns aussi (voir II, F. 36) les « surdus, cœcus, claudus vel aliter imperfectus » ne peuvent conserver un fief, — ne voilà-t-il pas là des incapacités reposant sur des qualités *naturelles*, qui sont pourtant de nature purement *civile*, et dès lors absolument des incapacités juridiques ? On peut écarter très facilement la contradiction apparente.

L'incapacité *naturelle* devient *civile* et, partant *juridique*, parce que c'est uniquement l'esprit public historique qui reconnaît ce défaut naturel pour une cause d'incapacité. Si le défaut naturel était tel que *tous* les peuples, à *toutes* les époques, le regardent comme une cause d'incapacité, la question qui nous occupe en ce moment ne pourrait même pas se poser, parce qu'alors toute différence de législation serait par cela même exclue.

plus haut, ne se réalise pas non plus dans le cas de la folie) — et par suite le testament est nul.

Nous allons prouver l'exactitude et la nécessité absolues de ce résultat par une réduction à l'absurde. Supposons, par exemple, qu'une jeune fille de quatorze ans ait fait un testament judiciaire sous le droit prussien et qu'elle meure après l'introduction du droit français avant d'avoir accompli sa seizième année. Si sa volonté s'est *modifiée* entre temps, peut-elle, avant sa mort, *modifier* le testament, qui doit être valable d'après l'opinion que nous nous sommes formée jusqu'ici. Eh bien, non ; et ce ne peut être l'avis de personne. Car il est incontestable que la jeune fille n'a aucunement à ce moment la capacité de tester. Bornemann arrive à cette conséquence d'une façon remarquable, sans pourtant se laisser déconcerter par là ni cesser de trancher délibérément la question dans un sens absolument impossible. Il dit (*loco citato*, p. 15) : « Si une jeune fille de treize ans a fait un testament sous le régime du droit commun germanique, celui-ci ne devient pas nul après l'introduction du code prussien ; *mais dorénavant la jeune fille ne peut faire un autre testament avant d'avoir accompli sa quatorzième année* », et, par suite, dans le cas que nous avons supposé de l'introduction du droit français, sa seizième année. Mais quel *acte* monstrueux est donc devenu ce testament qui doit rester valable, bien qu'il soit *irréformable et irrévocable* pour le testateur? Si l'on peut toujours, en effet, se débarrasser d'un testament olographe par une simple destruction matérielle, ce testament n'aurait pu être *révoqué* par la jeune fille s'il avait été établi, soit en vertu d'une exigence de la législation, soit par libre choix, sous la forme d'un acte judiciaire et notarié. En effet, révoquer un testament, c'est encore tester, prendre des dispositions testamentaires. La jeune fille ne pourrait alors ni modifier son testament, ni, malgré le changement de sa volonté, rétablir le cours de l'héritage *ab intestat*. Voici ce qui, dans ce cas, se serait produit : Le testament, toujours révocable et lié à la persistance de la volonté, que la jeune

fille faisait uniquement parce qu'elle le savait toujours révocable par sa simple volonté, serait devenu pour elle, par suite du *changement de loi*, un acte *irrévocable* et *obligatoire* (1) ; autrement dit, il se serait produit (cf. ci-dessus page 153 et suiv.) la plus criante et la plus grossière *rétroactivité*, à savoir le changement tardif, produit par une loi ultérieure, d'un acte lié, à l'époque où il a été fait, à la persistance de la libre volonté naturelle en un acte *obligatoire* et pourvu de la *coercition civile* ; et par conséquent, *l'action individuelle aurait été complètement dénaturée*. On voit en même temps ici, d'une façon fort intéressante, que la formule juridique abstraite n'a absolument pas le pouvoir d'épuiser le *concept* de la chose, qui se moque de toute formule. En effet, *cette fois-ci*, ce serait précisément la *non-application de la nouvelle loi* qui aurait produit la rétroactivité (2). Sans doute on peut dire que cette non-application constitue encore une application en tant que la *nouvelle loi* retire à la jeune fille la persistance de la capacité à *modifier son testament*, ce par quoi sont changés précisément les éléments constitutifs du testament déjà établi. Et par conséquent, si l'on ne voulait pas adopter notre opinion et pourtant échapper à cette rétroactivité, il faudrait en venir à la conséquence absurde que voici : la jeune fille, *parce qu'elle* a une fois testé, reste désormais, et *malgré* la nouvelle loi, *capable* de tester, et par suite la *capacité* ne peut être enlevée dans l'avenir à quiconque en a fait une

(1) Nous avions toute raison d'appeler tout à l'heure ce testament un acte monstrueux. En effet, ce ne serait plus un testament, puisque le changement de loi l'a rendu irrévocable et en a fait, par conséquent, une *obligation*, mais ce ne serait pas non plus une *obligation*, car ce ne doit pas en être une, mais seulement un *testament*. Il se serait produit indirectement du fait de la nouvelle loi, et sans qu'elle y soit pour rien, ce que les Romains regardent expressément comme impossible. HERMOGEN., l. XXII *de legat. et fideicom.* 32 (III) : «... nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore (testamento) ei recedere non liceat ».

(2) C'est ce que nous avons vu dans les fidéicommis de famille ; voir ci-dessus, p. 428.

fois usage. Autrement dit, on tomberait d'une impossibilité dans l'autre.

Il est donc prouvé que, dans le cas d'un changement juridique, il faut toujours s'en référer, même pour ce qui regarde la capacité juridique reposant sur les *propriétés physiques*, à la loi en vigueur au moment de la mort du testateur.

E. — Teneur du Testament.

La question de savoir si la teneur des dispositions du testateur est *licite* revient à se demander si ces dispositions sont empêchées par la loi d'entrer en activité ; c'est par conséquent de prime abord une question concernant la situation de droit à l'époque où la teneur du testament est appelée à entrer en activité, c'est-à-dire à l'époque de la mort du testateur.

Ou bien, nous référant plus directement à notre description du testament : que la teneur soit licite au moment où l'on a fait le testament, cela ne sert à rien si la teneur est défendue au moment de la mort; en effet, dans ce dernier cas, la *confirmation* juridique ne peut pas avoir lieu, puisque le testateur n'a plus le droit de la faire.

Réciproquement : que la teneur ne soit pas licite au moment où l'on a établi le testament, cela est parfaitement indifférent, si elle se présente comme permise à l'époque de la mort ; et cela parce que la question de savoir si une disposition peut recevoir sa validité par une confirmation ne peut dépendre que de la légalité de cette disposition *à l'époque de la confirmation*.

La teneur du testament — portion légitimaire, prétérition, substitution, condition illicite — ne peut par suite — aussi bien pour les changements de fait que pour les changements juridiques — être jugée qu'en se plaçant à l'époque de la mort du testateur.

Il est d'autant moins nécessaire de nous étendre sur cette

question que l'époque de la mort est reconnue déjà généralement comme la seule déterminante pour la teneur du testament (1) (voir Savigny, *loco citato*, pages 454 et suiv., 463 et suiv.).

F. — Capacité personnelle du légataire.

A ce sujet, Savigny a déjà montré d'une façon excellente (*loco citato*, p. 457 et suiv.) comme quoi la capacité que les Romains exigeaient du légataire *à l'époque du testament* prend naissance dans la forme de mancipation du testament romain, par laquelle le tout prend la forme d'un contrat de succession simulé ; et c'était pourquoi il fallait que les personnes avantagées dans le testament eussent la capacité personnelle à l'époque de ce contrat imaginaire.

Au contraire, la capacité personnelle du légataire, prise en elle-même, constitue, dit Savigny, comme une « partie intégrante de la teneur du testament ».

C'est pour cela, ajoute-t-il, qu'il faut écarter de la théorie romaine des *tria tempora*.où le légataire devait avoir la capacité, l'époque du testament. Elle tombe hors de la discussion actuelle de la question, comme prenant naissance dans des raisons spécialement historiques déjà disparues au temps de Justinien.

Il nous faut provisoirement — ainsi que Savigny — nous en tenir à cette démonstration tout à fait suffisante pour le résultat pris comme tel, mais *purement formelle* et dont la cohésion *intime* ne nous apparaîtra qu'au second

(1) La seule objection qu'on puisse faire à cela serait celle tirée de ce fait que si le testateur ne meurt qu'après le *suus heres* qu'il a omis dans le testament, le testament reste nul, si l'on suit le droit civil rigoureusement, et que seule une B. P *secundum tabulas* en est octroyée par le préteur (Ulpien, XVIII, § 6 ; l. XII, *pr. de injusto*, 28, 3); c'est-à-dire le testament n'est maintenu qu'à l'aide d'adjuvants artificiels. Mais on ne peut vraiment comprendre ce point que par l'étude de l'*essence* du droit d'héritage (tome II).

volume. Et maintenant, il ne reste de la théorie romaine que les deux moments de la *mort* et de l'*acquisition,* qu'il nous faut considérer.

La capacité du légataire à l'époque de la *mort* s'avère nécessaire par la raison même qui montre la capacité à l'époque du testament comme superflue. En faveur de qui on teste, c'est une question qui relève de la *teneur* du testament. De même que, pour cette raison, la capacité du légataire à l'époque du testament est superflue, de même elle est exigible au moment de la mort, époque qui décide du caractère licite du contenu testamentaire ; en effet, c'est alors seulement que la disposition testamentaire doit entrer légalement en activité, c'est alors par conséquent qu'elle doit *s'accorder avec la loi* (1). Autrement, si le légataire était incapable à cette époque, la *confirmation* juridique s'effectuant au moment de la mort ne pouvait avoir lieu, et, par suite, le testament était nul.

En ce qui concerne la capacité du légataire à l'époque où il fait l'héritage, il faut remarquer que ce point ne se présente pas tout d'abord comme une conséquence de la nature particulière du testament, mais comme une conséquence de la règle générale concernant la capacité civile et la capacité juridique, d'après laquelle il faut qu'une personne quelconque ait la capacité d'acquérir au moment même où elle *entreprend* l'acquisition. Mais la question de

(1) Voilà donc la raison pourquoi à Rome, si l'on instituait des héritiers *sous certaines conditions,* on regardait simplement si le légataire avait la capacité au moment où la condition *s'accomplissait* ; CELSE, l. LIX, § 4, *de hered. instit.* (28,5) : «... aut, si *sub conditione* heres institutus est, *quo tempore conditio existit.* Idem et in legatis et in bonorum possessionibus. » Si l'individu n'est pas fait héritier purement et simplement (*pure*), l'accord entre sa capacité et le système de la réalité juridique n'est exigible qu'au moment où on saura de façon déterminée si véritablement il doit devenir héritier. Sa désignation n'a besoin qu'à ce moment d'être conforme à la *réalité juridique,* parce que c'est seulement à ce moment qu'elle est entrée dans la réalité de fait. On voit par là que ce n'est pas une exception à la première règle.

savoir *quand* se produit l'acquisition d'un héritage échu par testament ou *ab intestat* ne peut de nouveau être résolue que par l'étude de l'essence du droit successoral, et par suite, comme nous allons bientôt le voir de plus près, les réponses qu'on y peut faire sont différentes et dépendent des différentes législations et des différentes catégories d'héritiers.

C'est à juste titre que la capacité du légataire au moment de l'acquisition est posée par les Romains comme la plus importante de ces trois époques : « In extraneis heredibus », dit Florentinus (1), « illa observantur ut sit cum iis testamenti factio sive ipsi heredes instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut *effectum habeat. Hoc amplius et cum adibit hæreditatem* esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione heres institutus sit, nam jus heredis *eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem.* »

Il est donc choquant de voir plusieurs fois dans Savigny la capacité du légataire au moment de l'acquisition de l'héritage passer absolument au dernier plan. Tout d'abord sans doute, en considérant les changements de fait qui peuvent être survenus dans la capacité du légataire, Savigny désigne cette époque (p. 458), sans plus motiver son opinion, comme allant de soi et « qui n'a du reste que peu d'importance. » Plus tard, en étudiant les changements légaux qui peuvent se produire dans la capacité du légataire, Savigny déclare (p. 465), eu égard à la seule époque où le testament a été fait, que cette capacité « doit être jugée *exclusivement* d'après la loi en vigueur *au moment de la mort* du testateur ». Il ne fait même plus mention de l'époque de l'acquisition, si bien qu'on peut se demander si Savigny reconnaît ou non qu'une nouvelle loi, excluant la capacité d'un héritier testamentaire et entrée en vigueur

(1) L. XLIX, § 1, *de hered. instit.* (28,5).

aprés la mort du testateur, mais *avant* l'adition de l'héritage, soit applicable à la succession testamentaire déjà ouverte par la mort du *de cujus.*

A l'occasion de l'héritage *ab intestat*, Savigny déclare (p. 483) que la capacité personnelle nécessaire pour être autorisé à faire « *n'importe quel* héritage *ab intestat* » — c'est-à-dire le droit civique — ne doit pas seulement être en possession de l'héritier au moment de la transmission de la succession, mais qu'elle doit persister jusqu'au moment de l'*acquisition.* A cette capacité de faire « *n'importe quel* héritage *ab intestat*, s'oppose naturellement la capacité de l'héritier autorisé à faire un héritage *ab intestat* déterminé, si bien que, suivant Savigny, — (et le développement met sa pensée en évidence) — cette dernière capacité n'aurait plus besoin d'être en possession de l'héritier, du moins, d'après la loi, à l'époque de l'acquisition. Si nous transportons ceci au domaine tout analogue du droit d'héritage testamentaire, il faudrait donc, d'après Savigny, que la *testamentifactio* de l'héritier désigné, mais non pas sa capacité de faire un héritage déterminé, fût exigible à l'époque de l'*acquisition.*

Et, par exemple, s'il se produit entre la mort du légateur et l'acquisition de l'héritage une loi nouvelle qui refuse aux enfants de concubines la capacité d'être fait héritiers par leurs pères, la nouvelle loi n'empêchera pas, selon Savigny, un héritier institué ainsi d'entrer en possession de cet héritage.

Ce qu'il y a de contradictoire (1) dans ce résultat saute aux yeux. Ainsi, s'il est vrai que, dans le cas envisagé, l'incapacité de l'héritier n'est pas une incapacité générale s'étendant à tous les héritages ; que, tout au contraire, l'obstacle vient alors des liens personnels existant entre

(1) Nous faisons remarquer expressément que dans cette recherche nous ne nous occupons tout d'abord que du *seul* droit romain. Nous dirons plus tard pourquoi et dans quelle mesure il en serait autrement dans les droits de succession français et allemand.

l'héritier et le légateur, il n'en est pas moins vrai que cet obstacle produit pour cet héritage *déterminé* une *incapacité tout à fait positive* et dont la nature *relative*, qui fait qu'elle ne vaut que pour certains héritages déterminés, ne permet cependant pas de la traiter autrement que l'incapacité *absolue*. Car dans le cas déterminé où elle apparait réellement, elle est d'une nature *aussi absolue* que l'incapacité absolue s'étendant à tous les héritages en général.

Nous obtenons le même résultat en revenant au principe dont la conséquence que nous avons montrée ci-dessus (p. 529 et suiv.) est la nécessité pour le légataire de posséder la capacité à l'époque de l'acquisition de l'héritage.

L'apparence de rétroactivité que présente l'application de cette nouvelle loi vient de ce qu'on remarque qu'il n'y avait pas d'interdiction de cette sorte à l'époque de la subrogation testamentaire et de sa confirmation produite par la mort du testateur. Mais la nécessité de la capacité à l'époque de l'acquisition ne ressort *pas du tout* — comme nous l'avons montré plus haut — de l'essence du testament ; elle ressort tout d'abord uniquement de l'essence de la *capacité juridique et civile* en général. Tout individu doit avoir la capacité voulue pour accomplir une action déterminée quand il l'entreprend ; il en est de même pour l'acquisition d'un héritage déterminé. Et, dans le cas que nous avons supposé, l'héritier a, il est vrai, la capacité voulue pour l'acquisition d'héritages en général, mais non pour l'acquisition de cet héritage *déterminé*. Mais jusqu'à l'adition et par l'adition même, c'est cet héritage déterminé qui est acquis, et ce n'est que par l'acceptation que cet héritage *déterminé* est transformé en succession et en propriété en général. Par suite — et cela ne peut être sujet à aucun doute — dans le cas de la loi que nous avons supposée, si peu de temps que celle-ci soit promulguée *après l'adition*, l'héritier reste autorisé à revendiquer par une *actio hereditaria* tous les objets de l'héritage. Mais après l'apparition de la loi qui le déclare incapable de recueillir

cet héritage-*là*, il n'a plus droit à l'*adition* de cet héritage.

Cette étude préalable nous a déjà montré l'action d'une loi nouvelle sur une succession qui n'a pas encore été recueillie.

Mais tout en suivant le principe, nous sommes maintenant arrivés à une autre question, qui a besoin d'être approfondie, et par laquelle va seulement s'établir sur une base vraiment solide — à cause de l'analogie de leur nature — la solution que nous venons de développer ; c'est en effet la question de l'influence d'une loi *sur la succession ab intestat*, promulguée *après* la mort du testateur et *avant* l'entrée en possession de l'héritage, que nous allons examiner dans le chapitre suivant.

G. — L'époque de l'acquisition et la succession « ab intestat ».

C'est maintenant que se montre d'une façon positive l'erreur de Savigny sur l'influence de l'époque de l'acquisition.

En effet, Savigny dit expressément à ce sujet (p. 489) : « une loi promulguée après l'*ouverture de la succession* (époque de la mort du testateur) n'a *aucune influence*, même si elle paraît dans l'intervalle de temps qui sépare l'*ouverture de la succession* et l'*entrée* de l'héritier *en possession* de cette même succession ».

Cette opinion reprise par Savigny fut celle de la plupart des auteurs qui l'ont précédé (1) ; mais c'est lui qui lui fait prendre pleinement (2) consistance (3).

(1) Aussi bien les Français que les Allemands ; voir par exemple Weber, *Rückanwendung*, etc., p. 96 ; Bergmann, *Rückwirkende Kraft*, etc. p. 93-102, 108-113 ; Chabot, *Quæst. transit.*, Ire partie, article : *Droits acquis*, p. 379, et surtout Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, V° Effet rétroactif, Section III, § 6, p. 593 ; Cf. Koch, *Successio ab intestato*, § 45, n° 3, p. 103 et suiv., 107-110 ; Gluck, *Opuscula jurid.*, fasc. 4, p. 157-218 ; Baumeister, *Anwachsungsrecht unter Miterben*, p. 36-38, 56-58.

(2) Cf. Holzschuher, *Theorie des gemeinen Civilrechts* (2e édition), I, 51 et suiv.

(3) Contre cette théorie on peut citer : Hugo, *Lehrbuch des heutigen*

C'est précisément pour cela qu'il faut d'autant plus soumettre à un nouvel examen approfondi cette erreur aussi plausible qu'importante au point de vue théorique et pratique.

Savigny, résumant le traité de Heise et Cropp, dit (p. 490) que l'objection qu'on fait à son principe est fondée principalement sur la confusion suivante : le principe de la non-rétroactivité des lois, dit-on, a uniquement pour but la conservation des droits *acquis*. Mais l'héritier qualifié n'a encore acquis aucun droit par l'ouverture de la succession (la délation) ; une telle acquisition n'a lieu pour lui que lorsqu'il entre en possession de l'héritage, et jusqu'à cette entrée en possession une nouvelle loi peut modifier la succession, sans se rendre coupable d'une rétroactivité fautive ; ce n'est qu'exceptionnellement, dans le cas du *Suus heres* qui acquiert la succession *ipso jure*, que les deux moments, la transmission et l'acquisition, coïncident.

« Mais », répond Savigny, « *en fait*, l'héritier qualifié *a déjà acquis* un droit réel par la simple ouverture de la succession, sans qu'il y ait participé à vrai dire ou même qu'il l'ait su : et ce droit, c'est le droit exclusif d'*entrer en possession* de l'héritage et par suite de l'incorporer à son propre patrimoine, *ou bien au contraire de le répudier comme bon lui semble. Ce droit est un véritable droit acquis* et protégé comme tout autre par le principe de la force rétroactive contre l'influence illégitime de lois nouvelles ; il est donc absolument différent d'une simple expectative ; seulement c'est, à dire vrai, un droit de toute autre sorte et de moindre étendue *que celui qui* naît de la prise de possession de l'héritage, et par quoi un patrimoine jusqu'alors étranger est transformé immédiatement en la propre fortune de l'héritier.

Savigny ne peut donc pas nier que l'héritage ne peut

römischen Rechts, p. 54 (7e édition) : « Das angestorbene, angefallene, angebotene Erbrecht gibt an sich keine Rechte », et HEISE et CROPP, *Juristische Abhandlungen* (Hambourg, 1830), II, 123-132.

en aucune façon être regardé comme acquis par la simple délation avant que se soit produite l'entrée en possession. Mais le droit d'*accepter* ou de *répudier* l'héritage, selon lui, serait également un droit acquis — c'est aussi ce que Holzschuher met en lumière comme une raison irréfutable — et qui ne pourrait en effet plus être atteint par une nouvelle loi.

Mais cette objection n'est rien moins que victorieuse. Car :

1° Ce droit d'*accepter ou de répudier* l'héritage n'est qu'un *droit d'option*, et même dans les successions *ab intestat*, du moins si l'on en croit l'apparence sensible, un *droit d'option légal* de l'individu qualifié. Mais nous avons déjà vu au § 4 de la théorie que tous ces droits d'option ne deviennent des droits *acquis* à l'individu que par l'*exercice de l'option* ; qu'ils restent jusque-là de *simples capacités* de l'individu et cèdent à tout changement de loi.

Or, de même dans la succession testamentaire déclarée, ce droit d'acceptation ou de répudiation n'est pas, à vrai dire, légal, puisqu'il ne ressort pas de la loi même, mais c'est un droit d'option, déféré par l'action d'un tiers qu'il faut traiter absolument comme le droit d'option légal, car il est tout à fait indifférent, pour la détermination du caractère de non-acquisition d'un droit, de savoir s'il est donné par une loi ou par l'acte d'un tiers (cf. § 2). Aussi, il n'est venu à l'idée de personne de nier qu'une donation, de même qu'elle peut toujours être révoquée par le donateur avant l'acceptation, peut de même — avant l'acceptation — voir son effet annihilé par une loi prohibitive et ne peut plus être acceptée par la persoune à qui l'on avait fait cette donation. Un droit qui cède à la disposition exclusive de la volonté d'un tiers, cédera d'autant plus à une disposition prohibitive de l'ensemble de l'esprit public. Par suite, la donation ne pourra plus être acceptée après l'apparition de la loi qui l'interdit, et cela bien que la personne à qui l'on avait fait la donation ait eu jusqu'alors le droit de l'*accepter* ou de la *refuser*. Or, s'il s'agit d'un héritage,

qui échoit à quelqu'un, même par testament, le cas est le même.

Si donc nous avons déjà parfaitement prouvé au § 4 que le droit d'accepter ou de répudier l'héritage (de droit romain), droit conféré par testament ou par la loi de l'*ab intestat*, n'est pas — en tant que simple droit d'option — un droit acquis, et si nous en avons alors fait une démonstration systématique en accord avec notre théorie, il faut pourtant absolument que nous fassions cette preuve d'une façon indépendante et pour elle-même. Mais il est tout d'abord évident que :

2° Si le droit d'accepter ou de répudier une succession était un droit *acquis*, l'héritier mourant avant d'entrer en possession de l'héritage, *transmettrait* ce droit à ses héritiers. Mais, notoirement, il ne le transmet pas — en droit romain, car, nous le répétons, il n'est ici question que du droit romain — ; Donellus (1), déjà, l'a prouvé. Dans l'ancien droit romain, la *transmissio* de ce droit n'a pas lieu (2), et même dans sa forme actuelle elle ne se produit qu'exceptionnellement (3) dans certains cas (4).

Savigny et les auteurs modernes ne s'aperçoivent pas que la perspicacité de Donellus a déjà, dans la discussion de cette question, posé l'*argument de Savigny* comme une objection contre sa propre théorie, et qu'il a su y répondre.

Donellus, après avoir montré — ce que Savigny et les auteurs qui s'accordent avec lui admettent — que l'héritage même n'est pas transmis aux héritiers, comme n'étant

(1) Hugo Donellus, *Comment. de jur. civ.* (Hanovriæ, 1612), livre VII, chapitre IV, p. 294.

(2) Cf. l. VII, *C. de jure delib.* (6, 30).

(3) Dans les cas énumérés par Donellus se présente encore celui où une *restitutio in integrum* a lieu, comme pour la distraction aux affaires publiques, l. XXX, *pr. de æqu. vel omitt. her.*, 29,2 (Ulpien).

(4) Et, quelque étrange que cette affirmation puisse paraître, on verra plus tard que même dans ces cas déterminés, la transmission ne se fait pas *sans quelque activité* de l'héritier décédé.

pas acquis avant l'entrée en possession, continue donc : « Sed esto, dicet aliquis ; recte placuerit hereditatem, quæ defuncto quæsita non est, ad heredes non transmitti, cum nemo plus commodi possit heredi suo relinquere, quam ipse habuit. *At jus adeundi saltem heres habuit* ; *cur* ergo e converso *id non transferat*, cum sit certi juris, heredem in *omne jus* defuncti succedere, quod et ipsum definitio hereditatis efficit ? »

Et là-dessus il répond à sa propre question : « Eo fit, quia ad ea, quæ *personæ cohærent*, hoc jus *non* pertinet ; quod *personale* est, ad heredem non transit (1). Tale est autem *jus hereditatis delatæ adeundæ*. Id enim personale definimus, cui *personæ conditio* locum facit (2), seu in quo alicui tribuendo personæ tantum ejus, puta meriti, dignitatis, reverentiæ debitæ, aut similium rerum personæ cohærentium ratio habetur (3). Atqui sic defertur hereditas. Defertur enim certis tantum personis, et his ob *meritum, aut conjunctionem sanguinis*, aut aliis de causis *personæ* cohærentibus ; puta testamento, scriptis tantum heredibus, ergo quos propriis de causis afficitur testator ; ab intestato autem liberis, parentibus, cognatis, aut similibus. »

Donellus aurait donc prouvé contre Savigny que le *jus adeundi* n'était pas un *droit acquis* — dans le sens où on l'a pris *jusqu'ici*. Mais si ce n'est pas en effet un droit acquis, ce principe, pris extérieurement comme un simple résultat, suffirait déjà, d'après la propre argumentation de Savigny que nous avons fait connaître plus haut, pour prouver que ce droit doit être, jusqu'à ce qu'il se soit exercé, soumis à l'influence de lois nouvelles.

Tel est précisément le cas d'après la *ratio* intérieure de la démonstration de Donellus. Le *jus adeundi* n'est pas transmis parce que c'est un droit *personnel* de l'héritier,

(1) Pomponius, l. VIII, § 3, *de liberat. legata* (34,3) ; Paulus, l. XIII, *solut. matrim.* (24,3).
(2) Paulus, l. LXVIII, *de reg. jur.* (50,17).
(3) L. XII et XIII *solut. matr.* (24,3).

c'est-à-dire parce qu'il reposait sur des *propriétés personnelles*. Mais il faut qu'il disparaisse à la *mort* de la personne, et cela par une nécessité logique, malgré la différence apparente de la mort et du changement de loi, de même que *disparaissent*, du fait d'une *nouvelle loi*, les *propriétés et les capacités personnelles* sur lesquelles *reposait le droit personnel*. Une loi sur la succession *ab intestat* qui *appelle* à hériter certaines catégories de personnes, s'appuyant sur leurs propriétés *personnelles* (parenté) leur attribue par là (dans le système du droit romain) une *capacité* pour une acquisition, qui, jusqu'à l'entrée en possession, reste une simple capacité, fondée sur l'*existence* d'une qualité personnelle. Si, par exemple, une loi nouvelle abolit le concept de cognation à un degré déterminé, ou bien *le concept de cognation en général*, on ne pourra plus parler de l'existence d'une cognation au sens juridique. La qualité de cognat qui donnait le *jus adeundi*, c'est-à-dire la propriété personnelle reconnue par la loi comme efficace, est disparue pour les parents par le changement de loi, comme par la mort.

Si réciproquement une nouvelle loi abolit la disposition qui veut que des agnats d'un degré plus lointain ou également éloigné excluent les cognats d'un degré plus proche ou également éloigné, la conscience juridique *ne reconnaîtra plus maintenant comme présente en eux une qualité personnelle* leur permettant d'évincer des cognats plus proches ou également éloignés, et l'aptitude qu'ils avaient autrefois et qui est maintenant disparue ne peut plus gouverner la réalité juridique et déterminer un acte d'acquisition qui va échoir maintenant. En d'autres termes :

Le simple *jus adeundi*, en tant que fondé sur l'existence d'aptitudes personnelles, se perd nécessairement aussi bien par suite d'une disparition *de fait* de ces aptitudes personnelles (mort, non-transmission) que par suite d'une disparition juridique de ces mêmes qualités (par un changement de loi).

3° Nous venons enfin d'arriver à formuler la chose de la

façon dont elle est vraiment conforme à notre théorie, profondément et systématiquement. Il n'aura échappé à aucun lecteur capable de pensée logique que, d'après nous, le *jus adeundi* déféré par le droit de succession *ab intestat* doit en effet être considéré comme un droit *acquis*, parce que le droit de succession *ab intestat* prend naissance dans le *droit familial* et que, d'après nous, tous les droits issus du droit familial ont le caractère de droit acquis (voir § 2, A). Il faut donc admettre que, d'après nous, quelque conditionnel et quelque incertain que soit le droit d'hériter *ab intestat* d'un vivant *au cas où* il mourrait sans testament, il faut pourtant regarder ce droit tout *éventuel* comme acquis par la procréation même de la famille, et cela dès la *naissance* du membre de la famille, et non à partir de la *mort* du parent. Cette rectification nécessaire dans l'intérêt de la conséquence théorique ne change absolument rien à la situation pratique. Car nous avons montré au § 7 de la théorie que tout droit acquis, quelle qu'en soit la force, même s'il était stipulé par un contrat, n'est acquis et ne peut être *exercé* que jusqu'à ce que des *lois absolues* s'y opposent. Mais les lois sur la succession *ab intestat* sont toujours absolues, puisqu'il n'est pas loisible au libre arbitre de chacun d'y changer quelque chose. La liberté testamentaire n'abolit en aucune façon ce caractère absolu des lois sur les successions *ab intestat*. Le testateur peut tester et ainsi il n'y a pas d'héritage *ab intestat*. Mais la succession *ab intestat* une fois introduite, elle est en elle-même un ordre de succession substantiel et fixe à quoi le testateur ne peut rien changer. Cette valeur absolue des lois sur les successions *ab intestat*, c'est, dans la mesure où il peut être présenté ici *in abstracto*, le *véritable sens logique* du principe essentiel du droit romain, qui ne s'appuie pas uniquement, comme on a l'habitude de le croire (1), sur des

(1) Par exemple, Haubold, Thibaut, Dernburg et d'autres. GANS lui-même (*Erbrecht*, t. II, chap. V) ne voit pas *ce qu'il y a d'éternellement vrai* daus ce principe dont nous traiterons plus concrètement dans le second volume.

raisons formelles et historiques : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (1).

Par l'avènement de lois nouvelles et contraires s'éteint, à cause de la nature absolue de ces lois, le droit jusque-là acquis de l'héritier à l'acquisition de l'héritage *ab intestat*, à supposer qu'il n'ait pas encore été exercé. Par contre il résulte du § 9 avec la même évidence que l'introduction de lois nouvelles reste sans aucun effet, si l'héritage a été déjà *transformé* par l'héritier en son *propre* patrimoine et si par conséquent la permanence du droit de succession en général, et de son droit *déterminé* en particulier, est devenue indifférente.

L'étude précédente nous a donné un résultat de tous points conforme à l'esprit des §§ 7-11 de notre théorie, à savoir que de *nouvelles lois sur les successions ab intestat ont de l'influence* (2), tant que l'*héritage n'a pas encore été*

(1) Cf. Pomponius, l. VII *de reg. jur.* (50,17) ; Papinien, l. 15, § 2 *de inoff test.* (5, 2); Paulus, l. XXXVII *de test. mil* (29, 1), Ulpien, l 1, *eod. tit.*

(2) Il est encore nécessaire de protéger ceci contre la conclusion erronée qu'on en tire ordinairement et en même temps de mettre en lumière l'exactitude de notre déduction et sa conformité avec le droit romain. Si, par exemple, l'héritier *ab intestat* le premier qualifié meurt ou répudie la succession, la question se pose de savoir si l'héritier le plus proche ensuite doit être déterminé d'après la situation de l'époque actuelle ou d'après celle de l'époque où est survenue la mort du *de cujus*. Les *Institutions* disent que si le *de cujus* est mort en laissant un testament et si la succession *ab intestat* n'est introduite que par suite de sa nullité, seul ce *dernier* moment, parce que c'est celui où est devenue certaine l'ouverture de la succession *ab intestat*, est en mesure de déterminer l'héritier *proximus* ; au contraire, si le *de cujus* est mort sans testament, c'est toujours l'époque de la mort qui est choisie pour décider de cette question : *Just.*, §, 6, *de legit. adgn. succ.* (3, 2) : « *Proximus* autem, siquidem nullo testamento facto quis quam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo *mortuus* est is, cujus de hæreditate quæritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per *hoc* tempus requiritur, quo *certum* esse cœperit, nullum ex testamento heredem exstiturum, tunc enim proprie quisque *intestato* decessisse intelligitur, quod quidem aliquando longo tempore declaratur ; in qua spatio temporis sæpe accidit ut,

acquis, parce que jusqu'à *cette acquisition* doivent persister la capacité à hériter et le droit de l'héritier à *cet héritage*

proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus. » La partie de cette règle qui traite du cas où le testament a perdu toute vigueur est visiblement d'accord avec ce que nous avons dit dans le texte (nous dirons d'ailleurs à la fin de cette remarque comment il faut vraiment la comprendre). Au contraire, le passage de la règle relatif au décès sans testament semble contredire notre interprétation. Et pourtant ce n'est absolument pas le cas; et ce n'est le cas pour *aucune* des conséquences qu'on en peut tirer. Et d'abord, examinons la *successio graduum* : si un *seul* héritier *ab intestat* est le premier qualifié, il est évident que partout où est une fois introduite la *successio graduum* du droit prétorien qui classe les cognats — dans le droit de Justinien, par exemple — (voir § 7, *Just. ibidem*), la loi sur les successions *ab intestat*, de même qu'elle comprend dès le moment même du décès la *délation immédiate* pour le premier qualifié, implique la *délation éventuelle* pour tous les héritiers du degré suivant. Ces derniers sont donc à partir de ce moment même *pourvus éventuellement* du *jus adeundi*, et quelque éventuel et incertain que soit ce droit acquis ou ce droit *personnel* légal des héritiers *ab intestat* (qui répond ici à l'héritier substitué ordinaire), ils le conserveront absolument jusqu'à ce qu'ils le perdent d'une perte s'attachant à *leur personne*, c'est-à-dire par suite d'une disparition *matérielle de leur personnalité* (décès) ou bien par suite *d'une disparation légale de leur aptitude personnelle* (changement de loi). En droit romain par exemple, — et ceci confirme toute notre théorie de la façon la plus frappante — le droit de succession reposant sur une parenté par adoption devint caduc, si l'*adoptivus* a été émancipé avant l'entrée en possession ou avant l'*agnitio bonorum possessionis*, bien que la *delatio* de l'héritage se soit déjà effectuée en sa faveur. — En effet, maintenant est éteinte en lui l'aptitude personnelle, qui établissait le rapport entre lui et la succession ; voir l. XI *de suis et legit* (38516); l. I *unde legitimi* (38, 7); l. III *unde cognati* (38, 8). Mais le droit personnel éventuel, une fois passé en la possession des héritiers, ne peut absolument plus recevoir aucune atteinte par suite *d'un changement de fait se produisant dans le seul monde extérieur tout à fait en dehors de leur personnalité et ne touchant pas cette dernière*, si, par exemple, le premier qualifié meurt ou répudie la succession, et si d'autres personnes deviennent, par suite de décès, etc., héritiers d'un degré plus proche.

On voit donc la différence qu'il y a entre le *changement juridique* et

déterminé ; que, par contre, toute loi de cette sorte promulguée après l'acquisition est indifférente, puisque, *par suite*

le changement dans la situation de fait. Le seul changement de fait est indifférent *à moins qu'il ne* représente un changement *dans les aptitudes personnelles particulières à l'héritier déjà qualifié* et sur quoi reposait la revendication de la succession. Mais il en est également de même lorsque *plusieurs* héritiers *ab intestat* sont en même temps qualifiés sur la même ligne et que l'un ou quelques-uns d'entre eux répudient la succession ou meurent. Dans ce cas, ou bien on pourrait considérer le moment actuel où la part d'héritage devient vacante comme l'époque de la transmission de l'héritage et *régler à nouveau* la succession *ab intestat* d'après la situation actuelle, ou bien on en pourrait rester au règlement de la succession *ab intestat* qui a eu lieu à l'époque du décès et considérer la part devenue vacante comme vacante dès cette époque. On pourrait croire maintenant que, d'après ce que nous avons dit dans le texte, l'avantage devrait être donné à la première opinion et par conséquent à la *successio graduum* plutôt qu'au *jus accrescendi.* Mais il n'en est rien et nous nous mettons au contraire du côté des auteurs dont l'opinion, justifiée par le passage des institutions que nous avons cité tout à l'heure, accorde l'avantage au *jus accrescendi* (voir Baumeister : *Anwachsungsrecht unter Miterben*, § 6 et 7, etc.). Les motifs de cette décision sont simples. La délation des héritages ne peut être infiniment en question ni se régler à nouveau par suite de la mort ou de la répudiation de l'un des héritiers qualifiés, puisqu'elle *est fixée par le droit personnel déjà existant des cohéritiers*, droit qui n'est aboli, pour les non-décédés, ni par une disparition physique (décès), ni par une disparition *juridique* de leurs *qualités personnelles* (changement de loi). Et par conséquent, puisque le droit persistant des cohéritiers à une déclaration déterminée en empêche la transformation et que chacun d'eux, en sa qualité d'héritier, se trouve dans un certain rapport avec la *totalité* de la succession, il va de soi qu'il ne reste plus qu'à traiter la partie devenue vacante comme une augmentation de la masse de l'héritage, et à la faire absorber par les parts des cohéritiers dans la proportion autrefois déterminée par la déclaration, autrement dit, de la partager selon le *jus accrescendi.*

La théorie que nous avons développée dans le texte se trouve encore clairement confirmée par la l. I, § 9 et suiv. *ad* SC. *Tert.* et *Orph.* (38, 17). D'après cette loi, disent Ulpien et Julien, le règlement de la succession *ab intestat* a lieu d'après la *nouvelle* époque, où le premier qualifié répudie l'héritage. Mais cela n'est *pas le moins du*

de cette acquisition même, a cessé la succession déterminée ; elle est passée dans le droit de succession et dans la propriété en général.

monde en contradiction avec la théorie que nous avons développée, au contraire, elle trouve là une nouvelle *confirmation*. En effet, il faut *alors* que le cas soit ainsi résolu SC. *Tertullianum et Orphitianum* (Ulpien, tr. XXIV, §. 8 ; XXVI, §. 7.; cf. *Inst.*, §. 1, III, 3 ; l. IX D, h. t. XXXVIII, 17) ne donnait qu'à la mère et aux enfants un droit de succession civil et synallagmatique excluant le droit de succession des agnats. Le fils répudiait-il la succession (voir le cas dans la loi citée plus haut § 11), l'applicabilité du sénatus-consulte tombait et le *jus antiquum* des agnats entrait alors en vigueur *pour cet héritage déterminé*, comme une *nouvelle* loi. Mais en ce qui concerne le *changement du droit de succession ab intestat* avant l'acquisition de l'héritage, il faut — comme nous l'avons montré plus haut — que la déclaration soit faite d'après la *situation de droit actuelle* (qui *tunc* legitimus deprehenditur, dit Ulpien) ; et ainsi Ulpien et Julien ne font que confirmer notre théorie de la façon la plus frappante, sans pour cela être en contradiction avec ce que nous venons de dire sur le *jus accrescendi*, où il n'y a pas *changement juridique*, mais seulement disparites *physique* du droit de l'un des cohéritiers.

Mais ce que nous avons dit jusqu'ici montre que c'est *seulement maintenant que nous pouvons voir clairement la raison* pourquoi les Institutions, dans le passage cité plus haut, donnent, pour le cas où la succession *ab intestat* entre en vigueur par suite de la *caducité* du testament, la règle opposée à celle qu'elles déterminent pour le cas du décès *sans* testament, à savoir qu'alors il faut se préoccuper uniquement de l'individu qui est le *proximus*, à l'époque où le testament devient caduc (cf. Gajus III, § 13; l. I, §. 8 ; l. II, § 5 ; l. V, *de suis* (38, 16). Si l'on demande aux juristes romains les motifs de cette règle, ils répondent : c'est qu'alors seulement il est devenu *certain* que le défunt était mort *intestat* (par exemple, Gajus, l. l. « sed eo tempore quo *certum* fuerit *aliquem intestatum* decessisse »), ou bien, comme les Institutions, ils s'en tirent par la fiction suivante : l'individu mort antérieurement devrait être considéré comme mort *aujourd'hui ab intestat* (« tunc enim proprie quisque *intestato decessisse intelligitur* »). Mais la gaucherie dédaigneuse de cette raison et même de cette fiction s'est maintenant éclaircie à l'aide de notre théorie et est arrivée à être intelligible dans son sens profond. En effet, il en est simplement comme pour le dernier cas auquel nous avons fait allusion. Pour *cette succession déterminée*, qui jusqu'alors était régie par le droit de succession *testamentaire*, est maintenant

Il s'ensuit la conséquence suivante : dans le système du droit *romain*, de telles lois promulguées après la mort du testateur et *avant* que l'héritage soit recueilli agissent aussitôt sur le *heres extraneus*, qui n'acquiert l'héritage que par l'entrée en possession ; au contraire, sous le régime du droit *français* et du droit *prussien* et même du droit *romain* pour ce qui regarde le *suus heres*, *toutes* les lois promulguées après le décès sont absolument sans influence, pour cette raison que dans ce dernier cas l'héritier a acquis la succession *ipso jure*, par suite du décès même et sans autre entrée en possession.

Le résultat pur de ce dernier principe serait alors de poser la différence de l'acquisition d'héritage *ipso jure* et de celle par *adition* comme un signe distinctif de l'application ou de la non-application de nouvelles lois de succession. Et ce résultat pur et simple est d'accord avec l'opinion avancée déjà en quelques passages par d'autres qui en ont donné une démonstration bien différente (1). Mais malgré les larges et profondes assises que nous lui avons données dans la discussion précédente, ce simple résultat serait toujours sec et manquerait de vie, bien qu'il suffise entièrement à l'usage juridique, si nous ne cherchions pas la *signification profonde* de cette distinction entre l'acquisition de l'héritage *ipso jure* et l'acquisition par l'*aditio*. Car ici se posent nettement, pour les besoins d'une étude organique plus profonde, quelques questions. D'où *vient* et que *signifie* cette distinction ? D'où vient l'*existence* de cette distinction entre le droit français et le droit prussien d'une part, et le droit romain d'autre part, et encore dans les limites du droit romain même la différence entre le *suus heres* et l'*extraneus* ? Il y a plus. Est-ce que l'acquisition

introduit l'*ordre de succession ab intestat* comme une *loi nouvelle pour elle* ; or, pour tout *changement de loi* il faut régler les revendications selon la situation de droit existant à l'*époque de la nouvelle loi*.

(1) Voir la dissertation citée plus haut à propos de Heise et Cropp ; cf. TROPLONG, *Donations et Testaments*, Ire partie, nos 437 et suiv.

ipso jure représente, comme il semblerait presque au premier abord, une acquisition *légale*, c'est-à-dire une acquisition donnée purement et simplement par la loi ? N'y a-t-il pas incompatibilité, même si cela peut sembler plausible dans les successions *ab intestat*, entre cette interprétation et le fait que dans le droit français et dans le droit prussien, pour l'héritier testamentaire, et dans le droit romain, aussi bien pour le *suus heres* que pour le *scriptus heres*, l'acquisition a lieu *ipso jure?* Ces questions nous conduisent à nous demander jusqu'à quel point est juste et démontrable l'opinion, que nous avons avancée au § 2 A, à savoir que tout héritage représente non pas une acquisition fondée sur la simple volonté d'un tiers ou sur un événement naturel (décès) mais une acquisition reposant sur *la propre action de la volonté individuelle de l'héritier*. Et c'est à cette dernière question, *foyer central* de toutes celles que nous venons de poser, qui n'en sont que les émanations et les conséquences accessoires, qu'il nous faut répondre pour voir les autres se résoudre d'elles-mêmes.

Il nous faut donc nous reporter à cette affirmation, et nous en dégagerons la preuve par une étude approfondie de l'*essence* des droits de succession. Quand nous l'aurons dévoilée, se révélera à nos yeux la cohésion profonde et logique de tout l'ensemble des faits que nous avons exposés jusqu'alors.

FIN DU TOME I

TABLE DES MATIÈRES

—

FIN DE LA TABLE

Saint-Amand (Cher). — Imprimerie Bussière.

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE D'ÉCONOMIE POLITIQUE

(SÉRIE in-8)

I — **COSSA (Luigi)**, professeur à l'Université de Pavie. — **Histoire des doctrines économiques**, trad. par Alfred Bonnet, avec une préface de A. Deschamps, 1899, 1 vol. in-8 avec reliure de la Bibliothèque : 11 fr. Broché : 10 fr.

II-III. — **ASHLEY (W. J.)**, professeur d'histoire économique à Harvard Univers... — **Histoire et Doctrines économiques de l'Angleterre.** Tome I. *Le Moyen Age*, trad. par P. Bondois. Tome II. *La Fin du Moyen Age*, trad. par S. Bouyssy 1900, 2 vol. in-8, avec reliure de la Bibliothèque : 17 fr. Broché : 15 fr. ..

IV. — **SÉE (H.)**, professeur d'histoire à l'Université de Rennes. — **Les classes rurales et le régime domanial au moyen-âge en France.** 19.., 1 vol. in-8, avec reliure de la Bibliothèque : 13 fr. Broché . . . . 12 fr. ..

V. — **CARROLL D. WRIGHT**, commissaire du travail des États-Unis. — **L'Evolution industrielle des Etats-Unis**, traduit par F. Lepelletier, avec une Préface de E. Levasseur, membre de l'Institut, 1901, 1 vol. in-8, avec reliure de la Bibliothèque : 8 fr. Broché . . . . 7 fr. ..

VI. — **CAIRNES (J. E.)**, professeur d'économie politique à l'« University College » de Londres. — **Le caractère et la méthode logique de l'Économie politique.** Traduit sur la 2e édit. par G. Valran, docteur ès-lettres. 19.., 1 vol. in-8, avec reliure de la Biblothèque : 6 fr. Broché . . . . . 5 fr. ..

VII. — **SMART (William)**, professeur à l'Université de Glascow. — **La Répartition du revenu national**, traduit par G Guéroult, avec une préface de P. Leroy-Beaulieu, membre de l'Institut. 1902. 1 vol. in-8, avec reliure de la Bibliothèque : 8 fr. Broché . . . . 7 fr. ..

VIII. — **SCHLOSS (David).** — **Les modes de rémunération du travail** traduit, précédé d'une introduction et augmenté de notes et d'appendices par Charles Rist. 1902. 1 vol. in-8, avec reliure de la Bibliothèque : 8 fr. 50. Broché : 7 fr. ..

IX. — **SCHMOLLER (Gustav)**, professeur à l'Université de Berlin — **Questions fondamentales d'Economie politique et de politique sociale.** 1902. 1 vol. in-8 avec reliure de la Bibliothèque : 8 fr. 50. Broché . . 7 fr. ..

X-XI. — **BOHM-BAWERK (E.)**, ministre des finances d'Autriche. — **Histoire critique des théories de l'intérêt du capital**, traduit par J. Bernard, ancien élève de l'école normale supérieure. 1902, 2 vol. in-8, avec reliure de la Bibliothèque : 16 fr. Broché . . . . 14 fr. ..

XII-XIII. — **PARETO (Vilfredo)**, professeur à l'Université de Lausanne. — **Les systèmes socialistes**, 1902. 2 vol. in-8, avec reliure de la Bibliothèque ; 16 fr. Broché . . . . 14 fr. ..

XIV-XV. — **LASSALLE (F.).** — **Théorie systématique des droits acquis**, avec préface de Ch. Andler, 1904. 2 vol. in-8, avec reliure de la Bibliothèque : 22 fr. Broché . . . . 20 fr. ..

XVI. — **RODBERTUS (C.).** — **Le Capital**, trad. par Chatelain, 1904. 1 vol in-8 avec reliure de la Bibliothèque : 7 fr. Broché . . . . 6 fr. ..

XVII. — **LANDRY (A.).** — **L'Intérêt du Capital**, 1904. 1 vol. in-8 avec reliure de la Bibliothèque : 8 fr. Broché. . . . . 7 fr. ..

XVIII. — **PHILIPPOVICH (Engen von)**, professeur à l'Université de Vienne. — **La politique agraire**, trad. par S. Bouyssy, avec préface de A. Souchon. 1904. 1 vol. in-8, avec reliure de la Bibliothèque : 7 fr. Broché . . . 6 fr. ..

(SÉRIE in-18)

I. — **MENGER (Anton)**, professeur de droit à l'Université de Vienne. — **Le droit au produit intégral du travail**, trad. par Alfred Bonnet, avec préface de Charles Andler, 1900. 1 vol. in-18, avec reliure de la Bibliothèque : 4 fr. Broché . . . . 3 fr. 50

II. — **PATTEN (S. N.)**, professeur d'économie politique à l'Université de Pennsylvanie. — **Les fondements économiques de la protection**, traduit par F. Lepelletier, avec une préface de Paul Cauwès, 1899. 1 volume in-18, avec reliure de la Bibliothèque : 3 fr. Broché . . . . 2 fr. 50

III. — **BASTABLE (C. F.)**, professeur à l'Université de Dublin — **La théorie du commerce international**, trad. avec introduction par Sauvaire-Jourdan. 1900. 1 vol. in-18, avec reliure de la bibliothèque : 3 fr. 50. Broché . . 3 fr. ..

IV. — **WILLOUGHBY (W.-F.).** — **Essais sur la législation ouvrière aux Etats-Unis**, Trad. et annotés par A. Chaboseau, 1903. 1 vol. in-18, avec reliure de la Bibliothèque : 4 fr. Broché . . . . 3 fr. 5.

SAINT-AMAND, CHER. — IMPRIMERIE BUSSIÈRE

